

**Rechtliche Vorgaben für die Gestaltung von
Software öffentlich-rechtlicher Medienplattformen:
gesetzliche und verfassungsrechtliche
Programmaufträge und deren Abbildbarkeit in
Strukturen, Verfahren und Code**

Rhein, Valerie; Dreyer, Stephan; Schulz, Wolfgang

Erstveröffentlichung / Primary Publication

Arbeitspapier / working paper

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Rhein, V., Dreyer, S., & Schulz, W. (2021). *Rechtliche Vorgaben für die Gestaltung von Software öffentlich-rechtlicher Medienplattformen: gesetzliche und verfassungsrechtliche Programmaufträge und deren Abbildbarkeit in Strukturen, Verfahren und Code*. (Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts, 56). Hamburg: Verlag Hans-Bredow-Institut. <https://doi.org/10.21241/ssoar.73198>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY Lizenz (Namensnennung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY Licence (Attribution). For more Information see:
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>



LEIBNIZ-INSTITUT
FÜR MEDIENFORSCHUNG
HANS-BREDOW-INSTITUT

Valerie Rhein | Stephan Dreyer | Wolfgang Schulz

RECHTLICHE VORGABEN FÜR DIE GESTALTUNG VON SOFTWARE ÖFFENTLICH-RECHTLICHER MEDIENPLATTFORMEN

Gesetzliche und verfassungsrechtliche
Programmaufträge und deren Abbildbarkeit
in Strukturen, Verfahren und Code

Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts | Projektergebnisse Nr. 56



Rhein, Valerie; Dreyer, Stephan; Schulz, Wolfgang (2021): Rechtliche Vorgaben für die Gestaltung von Software öffentlich-rechtlicher Medienplattformen. Gesetzliche und verfassungsrechtliche Programmaufträge und deren Abbildbarkeit in Strukturen, Verfahren und Code. Hamburg: Verlag Hans-Bredow-Institut, Mai 2021 (Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts | Projektergebnisse Nr. 56).

DOI: <https://doi.org/10.21241/ssoar.73198>

ISSN 1435-9413

ISBN 978-3-87296-168-6

Die Hefte der Schriftenreihe „Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts“ finden sich zum Download auf der Website des Instituts. Ein Ausdruck des Heftes ist gegen eine Schutzgebühr von 20,00 EUR direkt beim Verlag erhältlich.

Leibniz-Institut für Medienforschung | Hans-Bredow-Institut (HBI), Hamburg

Das Leibniz-Institut für Medienforschung | Hans-Bredow-Institut (HBI) erforscht den Medienwandel und die damit verbundenen strukturellen Veränderungen öffentlicher Kommunikation. Medienübergreifend, interdisziplinär und unabhängig verbindet es Grundlagenwissenschaft und Transferforschung und schafft so problemrelevantes Wissen für Politik, Wirtschaft und Zivilgesellschaft. Eine derartige Medienforschung setzt Kooperation voraus: Mit Partnern in vielen Ländern werden international vergleichende Fragestellungen bearbeitet. Mehr unter <https://leibniz-hbi.de>.

Die Autor*innen

Valerie Rhein ist Doktorandin am Bayerischen Forschungsinstitut für digitale Transformation (bidt) der Bayerischen Akademie der Wissenschaften und steuert zusammen mit dem Leibniz-Institut für Medienforschung | Hans-Bredow-Institut (HBI) die rechtswissenschaftliche Perspektive zu dem Projekt „Coding Public Value“ bei. Dr. Stephan Dreyer ist Senior Researcher Medienrecht & Media Governance und Sprecher des Forschungsprogramms 1 „Transformation öffentlicher Kommunikation – Journalistische und intermediäre Funktionen im Prozess der Meinungsbildung“ am HBI. Prof. Dr. Wolfgang Schulz ist Direktor des HBI, Professor für „Medienrecht und Öffentliches Recht einschließlich ihrer theoretischen Grundlagen“ an der Universität Hamburg und Direktor des Alexander von Humboldt Instituts für Internet und Gesellschaft in Berlin.

**Projekt „Coding Public Value:
Gemeinwohlorientierte Software für
öffentlich-rechtliche Medienplattformen“**

bidt Bayerisches Forschungsinstitut
für Digitale Transformation
EIN INSTITUT DER BAYERISCHEN AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN

Das interdisziplinäre Projekt „Coding Public Value“ untersucht die Möglichkeit, Medienpolitik mithilfe der Entwicklung von Software zu gestalten. Im Kern geht es darum, Ansätze und Methoden der Softwareentwicklung für öffentlich-rechtliche Medienplattformen zu untersuchen, die nicht nur Geschäftsmodellen dienen, sondern sich am Gemeinwohl orientieren und medienrechtliche Regulierungen berücksichtigen. Das vom bidt geförderte Projekt bindet dazu in einem interdisziplinären Verbund Science & Technology Studies, Kommunikationswissenschaft, Rechtswissenschaft und Software Engineering zusammen. Mehr unter: <https://leibniz-hbi.de/de/projekte/coding-public-value>.

Verlag

Leibniz-Institut für Medienforschung | Hans-Bredow-Institut (HBI)
Rothenbaumchaussee 36, 20148 Hamburg
Tel.: (+49 40) 450 217-0, E-Mail: info@leibniz-hbi.de, URL: <https://leibniz-hbi.de>





Inhalt

1. Hintergrund und Erkenntnisinteresse	5
2. „Public Value“ als normativer Begriff mit geringer gesetzlicher Rückbindung	6
3. Verfassungsrechtliche Vorgaben, einfachgesetzliche Regelungen und anstaltseigene Selbstverpflichtungen	12
3.1. Verfassungsrechtlicher Rahmen	13
3.2. Gesetzlicher Programmauftrag und der Drei-Stufen-Test	21
3.3. Selbstkonkretisierungen durch die Rundfunkanstalten	31
3.4. Weitere allgemeine gesetzliche Vorgaben für Telemedien	33
4. Umsetzungsfragen und -maßstäbe bei der Implementation der gesetzlichen Aufträge in Software	38
4.1. Spezifische Anwendbarkeit der rechtlichen Vorgaben auf Software	38
4.2. Adressatenebene und Spielräume bei der Konkretisierung und Umsetzung	44
4.3. Herausforderung: Rechtliche Vorgaben und ihre formalisierte Umsetzung im Software Engineering	46
5. Fazit: Gestaltung öffentlich-rechtlicher Mediensoftware als erweiterte Umsetzung eines „public value“-bezogenen Funktionsauftrags	48
Literatur	50







1. Hintergrund und Erkenntnisinteresse

Öffentlich-rechtliche Medienanbieter bieten neben den klassischen Radio- und Fernsehprogrammen wie viele anderen privatrechtlich organisierten Medienunternehmen auch mediale Angebote im Internet an. Von den privaten Onlineangeboten unterscheiden sich die öffentlich-rechtlichen Angebote vor allem dadurch, dass die Aktivitäten der öffentlich-rechtlichen Anbieter in einem Rahmen aus rechtlichen Vorgaben entstehen, das neben den allgemein gültigen Medienordnungsrechtlichen Vorgaben für journalistisch-redaktionelle Angebote im Netz in diesen Fällen zusätzlich von gesetzlichen Vorschriften umhegt ist, die die öffentlich-rechtlichen Anstalten mit bestimmten medialen Angeboten beauftragen und prozedurale sowie erbringungsbezogene Vorgaben für diese Angebote machen. Der klassische gesetzliche Programmauftrag an öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten hat sich in den letzten Jahren erweitert zu einem medienübergreifenden Funktionsauftrag öffentlich-rechtlicher Medienanbieter, den diese im Rahmen von gesetzlich vorgezeichneten Verfahren interpretieren, konkretisieren und in Medienangebote umsetzen. Vor allem im Bereich von nicht-linearen Angeboten im Internet, bei denen die Nutzenden die Auswahl aus einer großen Fülle von eingestellten Inhalten haben und teils auch selbst in Form interaktiver Angebote Inhalte oder Äußerungen in die Angebote einstellen, besteht die öffentlich-rechtliche Angebotserbringung nicht nur aus der Produktion der Medieninhalte selbst, sondern auch aus der Schaffung von softwarebasierten Plattformen, über die diese Inhalte zugänglich und auffindbar gemacht werden. Dadurch rücken die Auswahl, Programmierung und Gestaltung dieser Softwaresysteme zunehmend in den Blick öffentlicher Mediendiskurse.

Im Rahmen des vom Bayerischen Institut für Digitale Transformation (bidt) geförderten Projekts „Coding Public Value: Gemeinwohlorientierte Software für öffentlich-rechtliche Medienplattformen“ untersucht ein Projektteam aus interdisziplinärer Perspektive, wie rechtliche, politische und nutzerorientierte Anforderungen an die Software öffentlich-rechtlicher Medienanbieter in Software – mit einem Fokus auf Content Management-Systeme, Recommender Engines und Filter – umgesetzt werden können. Dabei steht die Frage im Mittelpunkt, welche institutionellen, politischen und organisatorischen Voraussetzungen bestehen, um solche Medienplattformen auf Grundlage eines gemeinwohlorientierten Software Engineerings zu betreiben. Das Projekt verbindet Wissenschafts- und Technikwissenschaften, Medien- und Kommunikationsforschung, Rechtswissenschaften und empirisches Software Engineering in enger, interdisziplinärer Zusammenarbeit.

Ziel dieses Papiers ist die Darstellung der derzeitigen Rechtslage für softwarebasierte Angebote öffentlich-rechtlicher Medienanbieter in Deutschland und die Herausarbeitung konkreter rechtlicher Anforderungen an die Softwaregestaltung. Neben möglichen materiell-rechtlichen Vorgaben an die Software selbst (in Form von Software Requirements) spielt dabei auch die Frage eine zentrale Rolle, welche konkreten Akteure für die Konkretisierung von teils unbestimmten oder zielorientierten rechtlichen Vorgaben verantwortlich sind und inwieweit die Anforderungen sich auf bestimmte Verfahrensabläufe beziehen. So zeigt die Untersuchung die rechtlichen Aufträge und ihre (Selbst-)Konkretisierungen und deren Abbildbarkeit in Organisationsstrukturen, Gestaltungsverfahren und Software Engineering auf. Dazu ordnet die Untersuchung den „Public Value“-



Begriff zunächst rechtlich ein (Kap. 2.), arbeitet die bestehenden gesetzlichen auftragsbezogenen Vorgaben auf (Kap. 3) und untersucht, inwieweit diese sich auf die Ebene der Softwaregestaltung durchschlagen (Kap. 4).

2. „Public Value“ als normativer Begriff mit geringer gesetzlicher Rückbindung

Public Value wird insbesondere im kommunikationswissenschaftlichen und medienpolitischen Diskurs als übergreifende Leitidee eines modernen öffentlich-rechtlichen Rundfunks genutzt (Gransow 2018: 419 ff.). Dieses teils mantraartig genutzte Leitbild, das durchaus in verschiedenen Spielarten und Bezeichnungen aufscheint („Public Value“, „Public Interest“, „gesellschaftlicher Mehrwert“, „öffentliche Aufgabe“), beinhaltet im Wesentlichen die Annahme, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk in seiner Gesamtheit einen Mehrwert erzeugt, der sich in der Gesellschaft niederschlägt und dort entfaltet (Cornils 2010: 11). „Public Value“ als Konzept wird angesichts seiner Breite dabei unterschiedlich gewertet: als „normative Funktionszuschreibung“ (Wenzel 2012: 15), als „Legitimationsbegriff“ des öffentlich-rechtlichen Rundfunks (Karmasin 2011: 18), oder als mögliche „Nebelkerze“ (Hasebrink 2007: 38). Im Folgenden soll geklärt werden, ob „Public Value“ mehr als ein Narrativ ist, das sich im Sinne einer Erwartungshaltung um die gesellschaftlichen Wirkungen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks legt, sondern ggf. unmittelbar als rechtliche Ableitung für konkrete Anforderungen an öffentlich-rechtliche Mediensoftware funktioniert.

Zunächst ist festzustellen, dass Public Value kein Begriff ist, der sich in den für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk und seine Telemedien geltenden Rechtsquellen findet.¹ Eine explizite gesetzliche Definition oder Konkretisierung im Sinne einer Kodifizierung von Public Value gibt es nicht. Dennoch wird der öffentlich-rechtliche Rundfunk regelmäßig unter Verweis auf seine Telemedien mit Public Value assoziiert.² So bleibt unklar, ob diese Assoziation für die regulatorischen Rahmenbedingungen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, insbesondere die technische Ausgestaltung seiner Telemedien, relevant ist oder gewinnbringend genutzt werden kann. Damit diese Frage beantwortet werden kann, ist zu untersuchen, wie und vor welchem theoretischen Hintergrund diese Verbindung von Public Value und dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk geknüpft wurde. Dies kann Aufschluss über eine etwaige semantische und normative Rückbindung von Public Value an den gesetzlichen Auftrag geben.

Der öffentlich-rechtliche Rundfunk existierte bereits seit Jahrzehnten, bevor Public Value als Beschreibung der besonderen Erwartung seiner gesellschaftlichen Wirkung hinzutreten sollte. Die Benennung einer solchen Wirkung als Public Value im Diskurs wurde (insbesondere) ausgelöst durch internationale medienpolitische Diskurse und den supranationalen Rechtsrahmen, in

¹ Unter relevanten Rechtsquellen werden hier die für den Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks einschlägige kodifizierte Normen (gesetzlich und untergesetzlich) wie Gerichtsurteile verstanden.

² So stellen beispielsweise Wenzel (2012: 42 ff.) und Gransow (2019: 207 ff.) Public Value und Telemedien in einen Zusammenhang.



dem der öffentlich-rechtliche Rundfunk kontextualisiert ist: dem europäischen Beihilfenrecht.³ Das europäische Beihilfenrecht bildet aufgrund der in großen Teilen aus öffentlich erhobenen Rundfunkbeiträgen bestehenden Finanzierung den europarechtlichen Bezug des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in seiner jetzigen Gestalt. Solche Finanzierungsquellen und -formen werden von der Europäischen Kommission grundsätzlich als staatliche Beihilfe bewertet (EK 2001: ABI v. 15.11.2001 C 320/6 Rn. 16 ff.). Die Europäischen Verträge gehen dabei zunächst von der Unzulässigkeit staatlicher Beihilfen aus, sehen aber ausnahmsweise und unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen von dem Beihilfeverbot vor (Art. 107 AEUV). Aus dem Beihilfenrecht als begrenztem Erlaubnisrahmen staatlicher Marktinterventionen folgen deshalb strenge Anforderungen an die Ausgestaltung der Beitragsfinanzierung auch des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Die Kompetenzordnung der EU räumt den die staatlichen Beihilfen ausgebenden Mitgliedstaaten zwar Ermessensspielräume zur Auslegung und Umsetzung der strukturellen beihilferechtlichen Vorgaben ein (Badenhausen-Fähnle 2017: 56 f.), dennoch müssen die Mitgliedstaaten bei der Ausgabe staatlicher Beihilfen zwingend einige Bedingungen beachten.⁴ Diese europäischen Parameter⁵ treffen nun mit einer anderen Anforderungsqualität auf das Regelungsobjekt des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, als es das nationale Medien(verfassungs)recht tut (Schulz 2008: 15). Das europäische Beihilfenrecht nimmt die Rolle einer „funktionsgerechten Rahmengestaltung (staatlicher Marktinterventionen) unter Beachtung des Vorrangs der Wettbewerbsregeln“ (Hagenbruch 2020: 262) mit engen Grenzen wie starren Strukturen ein, wohingegen das nationale Rundfunk(verfassungs)recht sich durch weite Auftrags- und Funktionszuschreibungen von und für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk auszeichnet.⁶ Auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk treffen hier zweiseitig Anforderungen, die auf den ersten Blick nur schwer miteinander in Einklang zu bringen sind.

Unter anderem aufgrund der auf den ersten Blick widerstreitenden Anforderungsqualitäten an die gesetzliche Beauftragung und Finanzierung öffentlich-rechtlichen Rundfunks kam es in der Vergangenheit zu Auseinandersetzungen zwischen der Europäischen Kommission und der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich der regulatorischen Rahmenbedingungen für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (Schulz 2008: 3). Die im sog. „Beihilfeverfahren“ diskutierten verschiedenen Rechtsauffassungen, die unter anderem erhebliche Implikationen für das Anbieten öffent-

³ Das Europäische Beihilfenrecht ist Teil des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) und ist in den Wettbewerbsregelungen der Art. 106 ff. AEUV normiert.

⁴ Über die Einhaltung dieser strukturellen Grundgrößen wacht die Europäische Kommission, der die Rolle der Hüterin der Europäischen Verträge zukommt (EK ABI. C 320/8 v. 15.11.2001, Rn. 30 f.).

⁵ Die Vorschriften des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) sind dabei an das spezielle Regelungsobjekt des öffentlich-rechtlichen Rundfunks angepasst. Diese Anpassung ist in der Relevanz des öffentlich-rechtlichen Rundfunks für die öffentliche Meinungs- und Willensbildung begründet: Grundlegend ergibt sich die Anpassung der Beihilfenormen aus dem Protokoll von Amsterdam, welches maßgeblich für die sog. Rundfunkmitteilungen der Europäischen Kommission ist. In diesen Rundfunkmitteilungen legt die Europäische Kommission dar, wie sie die einschlägigen Normen des AEUV in Bezug auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, insbesondere seine Beitragsfinanzierung, auslegen wird.

⁶ Die Umsetzung dieser weiten Auftrags- und Funktionszuschreibung obliegt dabei den Rundfunkanstalten, die ihren Auftrag mittels verschiedener Verfahren selbst konkretisieren. Sie müssen dabei gewisse Unteraufträge erfüllen wie Prinzipien einhalten, § 26 MStV.



lich-rechtlicher Telemedien hatten, konnten durch einen Kompromiss zwischen den verhandelnden Parteien beigelegt werden.⁷ Einer der für die Vermittlung ausschlaggebenden Aspekte lag dabei in der Zusicherung Deutschlands, Sorge für die Umsetzung des sog. „Drei-Stufen-Tests“ im damaligen Rundfunkstaatsvertrag zu tragen. Der Drei-Stufen-Test, der im Nachgang durch den 12. RÄStV normiert wurde, ist ein Verfahren zur ex ante-Überprüfung der Einführung neuer oder wesentlich veränderter öffentlich-rechtlicher Telemedienangebote. Mit Hilfe des Verfahrens werden die Konzepte der jeweiligen Rundfunkanstalten für künftige Telemedien unter Öffentlichkeitsbeteiligung sowie durch gutachterliche Prüfung seither darauf getestet, ob sie vom gesetzlichen Auftrag umfasst sind, und dabei insbesondere, inwieweit das Angebot den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entspricht, in welchem Umfang es zum publizistischen Wettbewerb beiträgt und welcher finanzielle Aufwand erforderlich ist (§ 32 Abs. 4 S.1 MStV). Vom positiven Verfahrensabschluss des Drei-Stufen-Tests hängt schließlich die Umsetzung des geplanten Angebots ab (s. dazu unten Abschnitt 3.3).

Der Drei-Stufen-Test war inspiriert von einem Prüfverfahren bei der BBC, dem „Public Value Test“ (BBC 2007). Durch jenen Public Value Test wird ebenfalls vor der Einführung von BBC-eigenen Telemedien ex ante bestimmt, ob und inwiefern das geplante Online-Angebot einen gesellschaftlichen Mehrwert, also „public value“, generieren kann. Lässt sich der Mehrwert eines solchen Angebots identifizieren, kann das geplante Telemedienangebot umgesetzt werden. Diese strukturelle Übernahme des Prüfaufbaus führte dazu, dass en passant auch die damit verbundene Terminologie von „Public Value“ in das Beihilfeverfahren und den deutschen Diskurs über Telemedien und andere öffentlich-rechtlichen Medienangebote diffundierte. So formulieren kommunikationswissenschaftliche Quellen inzwischen die Generierung von Public Value auch für die Telemedienangebote des hiesigen öffentlich-rechtlichen Rundfunks als Zielvorstellung unter Verweise auf das britische Modell (Gransow 2018: 208). Der bestehende Rechtsrahmen sieht aber weiterhin den Begriff des Public Value nicht ausdrücklich vor.

Dennoch steht zu fragen, ob Public Value als implizite Zielgröße des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nicht doch ein normatives Einfallstor im Europäischen Beihilfenrecht findet und ob sich daraus Rückschlüsse für die Verwertbarkeit von Public Value als Konzept und Anforderungsgröße auch an öffentlich-rechtliche Software ziehen lassen. Eine Verzahnung von Public Value-Ideen mit dem Europäischen Beihilfenrecht liegt dabei vor allem in dem rechtlichen Begriff der „Dienstleistung im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse“ (abgekürzt: DAWI) aus Art. 106 Abs. 2 AEUV. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk stellt aus europarechtlicher Sicht eine solche DAWI dar (EK 2001: ABI. C 320/8 v. 15.11.2001, Rn. 28 ff.). Der Rundfunkbeitrag, der das Gros der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks bildet, gilt dabei als staatliche Beihilfe gem. Art.

⁷ Auslöser war, dass verschiedene private Rundfunkanbieter und deren Interessensverbände bei der Europäischen Kommission Beschwerden eingelegt hatten, die auch eine Wettbewerbsverzerrung durch öffentlich-rechtliche, mittels staatlicher Beihilfen – dem Rundfunkbeitrag – finanzierter Telemedien zum Bestand hatte. Dieses Verfahren, das seinen Abschluss in dem genannten Kompromiss finden konnte, führte zu Einführungen gesonderter materieller wie formeller Zulässigkeitsvoraussetzungen für öffentlich-rechtliche Telemedien (*Held/Binder/Vesting* 2018: § 11d Rn. 1 f.). Auf einige der formellen Zulässigkeitsvoraussetzungen wird unten in Kap. 3.2 eingegangen.



107 Abs. 1 AEUV, durch die die für die Veranstaltung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks anfallenden Kosten kompensiert werden (EK 2001: ABl. C 320/7 v. 15.11.2001, Rn.17).⁸

Die DAWI ist im Beihilfenrecht eine Möglichkeit, mit der EU-Mitgliedstaaten auf die Bereitstellung gewisser, für das geordnete gesellschaftliche Miteinander essentielle Dienstleistungen⁹ hinwirken können, ohne selbst als Akteur auf den jeweiligen Märkten tätig zu werden (Hagenbruch 2020: 275 ff.). Dabei betraut der Staat eine Stelle oder ein Unternehmen mit der Ausübung einer spezifischen Dienstleistung, deren Vorhandensein er für ein geordnetes gesellschaftliches Miteinander als unabdingbar erachtet. Die DAWI ist im Art. 106 Abs. 2 AEUV zwar normiert, eine konkrete definitorische Vorgabe existiert jedoch nicht. Es liegt insoweit zunächst in der Kompetenz des jeweiligen Mitgliedstaats zu bescheiden, welche Dienstleistungen für die Gesellschaft wesentlich und unabdingbar sind und wann ein staatliches Eintreten zur Bereitstellung dieser Leistung entsprechende geboten erscheint (Badenhausen-Fähnle 2017: 56 f.); kontrolliert wird die Einhaltung der europarechtlichen Vorgaben durch die EU-Kommission. Trotz dieser begrifflichen Offenheit ergibt sich aus einer Zusammenschau von Rechtsprechung und rechtswissenschaftlicher Literatur sowie in Abgrenzung zu anderen staatlichen Möglichkeiten der ausnahmsweise erlaubten Beihilfen ein Bild davon, wie der Begriff der DAWI zu verstehen ist, welche Merkmale sie aufweist und wann Staaten ihre Bereitstellung regelmäßig für notwendig erachten (Jung 2018: 84 ff.). Dieses Bild kann auch Aufschluss darüber geben, welche Zusammenhänge zwischen dem supranationalen Rechtskontext des Beihilfenrechts und etwaiger Erwartungen an den durch öffentlich-rechtliche Medienanbieter generierten Public Value bestehen.

Wesentlich für das Verständnis des Instruments der DAWI ist, dass entgegen dem Wortlaut „im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse“ das Interesse an der Leistungserbringung gerade kein wirtschaftliches, sondern ein öffentliches sein muss (Essebier 2005: 111). Ein öffentliches Interesse besteht beispielsweise an der Umsetzung kultureller Dienstleistungen (EuGH, Urteil vom 30.4.1974 – Rs. 155/73, Sacchi, Slg. 1974, 409 (Rn. 13 f.)) oder an der Befriedigung sozialer Bedürfnisse (Hagenbruch 2020: 266). Das Interesse ist allgemein, wenn die Leistungserbringung nicht ausschließlich im privaten gewerblichen Interesse erfolgt (EuGH, Urt. v. 27.3.1974, Rs. 127/73, Rn. 23). Der betreffende Staat bietet die Dienstleistung dabei nicht selbst an, sondern betraut¹⁰ ein Unternehmen¹¹ mit ihrer Ausführung. Das betraute Unternehmen verfolgt mit der Ausführung der

⁸ Die Bundesregierung widerspricht der Einordnung des Rundfunkbeitrags als staatliche Beihilfe (Beihilfekommiss Rn. 142; 322). Die Bundesregierung stellt sich dabei auf den Rechtsstandpunkt, dass es sich bei dem Rundfunkbeitrag in keinem Moment um ein staatliches Mittel handle, würden die Beiträge doch von privaten Haushalten an die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gezahlt werden.

⁹ Der Dienstleistungsbegriff wird hier weiter als im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV verstanden. Innerhalb der DAWI ist der allgemeine Versorgungsgedanke, der die Herstellung und Verteilung sämtlicher Güter umfasst, Bezugspunkt einer Dienstleistung (Jung 2018: 91).

¹⁰ Unter einer Betrauung ist zu verstehen, dass der jeweilige Mitgliedstaat einem Unternehmen mittels eines öffentlichen Akts die Ausübung der erwünschten Dienstleistung überträgt, es insofern mit der Dienstleistungsausführung beauftragt (EK 2005: ABl. L 312/67 v. 29.11.2005, Rn. 3). Auf die geforderte Qualität des Betrauungsaktes wird an späterer Stelle näher eingegangen.

¹¹ Es ist unerheblich, ob diese Unternehmen öffentlich oder privatwirtschaftlich organisiert sind (EK 2005: ABl. L 312/67 v. 29.11.2005, Rn.2). Der Unternehmensbegriff ist funktional als „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und Art ihrer Finanzierung“ zu verstehen (EUGH, Urt. v. 23.4.1991



ihr übertragenen Dienstleistung regelmäßig jedenfalls primär keine Gewinnerzielungsabsicht; die Bewertung der Wirtschaftlichkeit der Tätigkeit hängt vielmehr davon ab, ob auf dem gleichen Markt tätige Dritte eine solche haben. Das Interesse an der Ausführung der DAWI liegt also zu meist außerhalb marktwirtschaftlicher Erwägungen, der Markteintritt ist regelmäßig ein Mittel für die außerökonomische Zweckerreichung (Badenhausen-Fähnle 2017: 55 f.).

Die DAWI wird so zum Wohl und im Interesse der Gesamtgesellschaft erbracht und lässt sich dadurch zu charakterisieren, dass die Bereitstellung der Dienste überhaupt nicht oder „in Bezug auf Qualität, Sicherheit, Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung oder universaler Zugang nur zu anderen Standards durchgeführt“ (EK 2012: ABl. 2012 C 8/04 v. 11.1.2012, Rn. 47) werden würde. Dass die Bereitstellung der Dienstleistung zu regulären Marktbedingungen nicht erfolgen würde, wird dabei als Marktversagen bezeichnet. Die Europäische Kommission setzt für die Möglichkeit der staatlichen Intervention durch die Betrauung eines Unternehmens mit der Erbringung einer DAWI ein solches Marktversagen voraus (EK 2012: ABl. C 8/02 v. 11.1.2012).¹² Einheitliche Tendenzen der Interpretation von Marktversagen in den Mitgliedstaaten bezüglich verschiedener Beihilfeobjekte zeichnen sich hier aber bisher nicht ab (Hagenbruch 2020: 267 ff.). Dies verwundert nicht, weil die Bewertung, ob eine für das Gemeinwohl erhebliche Leistung vom Markt selbst und ohne staatliches Zutun bereits angemessen und in ausreichendem Maße zur Verfügung gestellt wird (Hagenbruch 2020: 275), in der Prärogative des Mitgliedstaates liegt (EuG 1997: Urt. v. 27.2.1997, RS T-106/95, Rn. 99).

Dennoch wird auf europäischer Ebene durch die Vorgaben der Kommission in ihren Rundfunkmitteilungen die Möglichkeit aufgezeigt, einen öffentlich-rechtlichen Rundfunk als DAWI bereitzustellen, dessen Finanzierung qua Rundfunkbeitrag zur Kompensation der den Rundfunkanstalten für die Erbringung der DAWI anfallenden Kosten im Sinne einer ausnahmsweise zulässigen staatlichen Beihilfe auszugestalten (EK 2001: ABl. C 320/8 v. 15.11.2001, Rn. 28 ff.).

Für diese Betrachtung ist relevant, wie auf Ebene der Mitgliedstaaten insbesondere das Merkmal des Marktversagens in Bezug auf die Ausstattung der Gesamtgesellschaft durch mit Rundfunk vermittelte Medieninhalte interpretiert wird. Marktversagen ist hier gerade keine messbare punktuelle Größe, in die die betraute Stelle – eine öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt – etwa durch die Bereitstellung öffentlich-rechtlicher Medianangebote als meritorische Güter¹³ eintreten soll (Schulz 2008: 17). Die im beihilferechtlichen Verständnis üblicherweise Mängel aufweisende Marktsituation im Sinne eines Marktversagens wird in Bezug auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk positiv umgekehrt. Das meint, dass Marktversagen hier gerade nicht als punktuelle

– RS. C-41/90, Rn. 21). Dies bedeutet, dass sich die Unternehmenseigenschaft gerade daraus ergibt, dass die betrachtete Einheit die Dienstleistung ausübt und daher wirtschaftlich tätig ist; dies aber Resultat einer öffentlichen Betrauung ist (Badenhausen-Fähnle 2017: 47).

¹² An dieser Stelle tritt die Verknüpfung von Public Interest und der DAWI zu Tage. Eine allgemeine Definition von Public Interest kann im „Agieren des Staates im öffentlichen Interesse“ (Körber 2009: 15) gesehen werden. Nach Wallis und Dollery liegt dem Public Interest Ansatz seinerseits ebenfalls eine Theorie des Marktversagens zugrunde, die entgegen des hier vertretenen Verständnisses die Pareto-Effizienz zur Bezugsgröße hat (Wallis/Dollery 1999: 21 ff.). Die DAWI könnte insofern als Normierung des Public Interest-Ansatzes verstanden werden.

¹³ Unter meritorischen Gütern sind Güter zu verstehen, die für die Einzelperson wie Gesellschaft notwendig sind, jedoch nicht in dem Maße nachgefragt sind, als dass sie durch privatwirtschaftliche Akteur*innen stets bereitgestellt werden (Musgrave et. al. 1975: 76 f.).



Größe, die ein punktuell staatliches Eintreten erfordert, erfasst wird, sondern so zu verstehen ist, ein ganzheitliches System der gegenseitigen Ergänzung öffentlich-rechtlich (finanzierter) Rundfunkveranstalter wie privater entsteht. In diesem System erfordern beide Anbieterformen von Rundfunk die Existenz der anderen, sie stehen sich als Komplementär gegenüber und bewirken dadurch die Verbesserung der jeweils anderen. Der Gemeinwohlbezug erwächst innerhalb der Rundfunk-DAWI also aus einer Qualitätserhöhung der bereitgestellten, journalistisch-redaktionell produzierten Rundfunkinhalte. Innerhalb dieses abstrakten Strukturprinzips kommt zum Tragen, dass die Unterschiedlichkeit der Orientierungen privater und öffentlich-rechtlicher Rundfunkanbieter, also das Verfolgen eines kommerziellen Interesses einerseits sowie das Erfüllen einer Gemeinwohlverpflichtung andererseits gerade dazu führt, dass sich die beiden Säulen gegenseitig herausfordern wie be- und entlasten (Hoffmann-Riem 2000: 293 f.). Die verschiedenen Finanzierungsarten privater und öffentlich-rechtlicher Rundfunkanbieter korrespondieren mit Implikationen für beispielsweise Produktionsstandards und Angebotsanforderungen und haben zur Folge, dass durch die vorhandene Konkurrenzsituation beider Säulen auf dem gleichen Medienmarkt idealerweise eine Qualitätserhöhung ihrer publizistischen Qualität erreicht wird (Schulz 2008: 19 f.). Die Gesamtversorgung der Gesellschaft profitiert insofern von der Dualität eines Rundfunksystems im Vergleich zu ausschließlich privatwirtschaftlich organisierten Systemen der Medienerbringung.

Das Profitieren der Gesamtgesellschaft von einer strukturell diversifizierten Rundfunkordnung kann also darin bestehen, dass sich die Qualität der vorhandenen Medienangebote erhöht. Es ist vorstellbar, dass sich aus einer solchen idealtypischen Qualitätserhöhung etwas ergibt, dass sich als gesellschaftlicher Mehrwert niederschlägt und sich als „Public Value“ bezeichnen lässt. Der Niederschlag von Public Value resultiert hier aber aus der Ausgestaltung eines dualen Rundfunksystems mit zwei Säulen – die Dualität des Rundfunksystems wird zu einer der Vorbedingungen für die Generierung von Public Value (Wenzel 2012: 15). Public Value ist also allenfalls das *Resultat* der Wirkung einer regulatorisch-strukturellen Rahmengestaltung¹⁴, gibt aber selbst keine Anforderungen an diese Rahmengestaltung vor. Public Value ist damit insgesamt eine mittelbare Folge des europäischen Ansatzes der aus Gemeinwohlgründen zulässigen Durchbrechung des europäischen Wettbewerbsprinzips, das die Einrichtung beitragsfinanzierter öffentlich-rechtlicher Medienangebote ausnahmsweise erlaubt und damit die Einrichtung eines dualen Rundfunksystems erst ermöglicht. Aus rechtswissenschaftlicher Perspektive ergibt sich aus der Verknüpfung des supranationalen, nicht explizit auf den Rundfunk bezogenen Rahmens mit der gewählten nationalen Ausgestaltung des Rundfunksystems das, was zur Voraussetzung für die Generierung von Public Value wird. Public Value wird durch diese Verschränkung aber nicht zu einem juristisch fruchtbar zu machenden Konzept, sondern verbleibt auf der Ebene einer erwarteten und sich bestenfalls gesellschaftlich niederschlagenden normativen Output-Größe (vgl. Hasebrink 2007: 41).

¹⁴ Für das Ergebnis der Generierung eines Public Values kommt es gewiss auch auf andere Größen wie Transparenz und Vielfalt an. Diese Größen sind jedoch innerhalb der Analyse der Zusammenhänge des europäischen Beihilfenrechts, seinen Gemeinwohlerwägungen sowie dem Konzept Public Value zunächst vernachlässigungswürdig.



Einen Aufschluss für die hier gestellte Frage danach, wie die für öffentlich-rechtlichen Telemedien eingesetzte Technik in Form von Content Management-, Recommender- und Filter-Software auszugestaltet ist, kann die abstrakte Größe „Public Value“ als Ergebnis der spezifischen Ausgestaltung eines Rundfunksystems also nicht geben; sie ist juristisch auf die indirekte Anbindung an die europäischen Gemeinwohlerwägungen limitiert. Funktionale Zuschreibungen an die nähere Umsetzung öffentlich-rechtlicher Medienangebote sowie deren Technik lassen sich daraus nicht ableiten; der Rückgriff auf das Konzept von Public Value ist jedenfalls für die rechtswissenschaftliche Identifikation von softwarebezogenen Vorgaben für die Softwaregestaltung öffentlich-rechtlicher Medienangebote nicht erfolgsversprechend. Notwendig wird dafür stattdessen der Blick auf das Kommunikationsverfassungsrecht, das gesetzlich ausgestaltete einfache Medienrecht sowie die im Rahmen von Selbstkonkretisierungen und -versprechen durch die öffentlich-rechtlichen Anbieter auffindbaren Vorgaben.

3. Verfassungsrechtliche Vorgaben, einfachgesetzliche Regelungen und anstaltseigene Selbstverpflichtungen

Rechtliche Anforderungen an softwarebasierte öffentlich-rechtliche Medienangebote ergeben sich aus einem Mehrebenensystem, das aus dem oben angesprochenen verfassungsrechtlichen Verständnis der Funktion eines öffentlich-rechtlichen Rundfunks in einem dualen System, seiner einfachgesetzlichen Ausgestaltung und dessen Fortschreibung und Konkretisierung im Rahmen einer weitgehenden Selbstverwaltung durch die öffentlich-rechtlichen Anbieter besteht. Erst in dieser Zusammenschau erschließt sich das normative Grundgerüst des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Die Notwendigkeit einer Gesamtschau aller relevanten Rechtsebenen zeigt sich bereits in den voneinander abweichenden Verständnissen des Rundfunkbegriffs im Verfassungsrecht einer- und im einfachen Recht andererseits.

Das Bundesverfassungsgericht versteht den Rundfunkbegriff dynamisch, der für neue technische Entwicklungen flexibel und offenbleiben muss, und bei dem es weniger auf eine bestimmte Form der technischen Übertragung ankommt, sondern der sich in erster Linie durch seine herausgehobene Wirkung auf die öffentliche Meinungsbildung von anderen Medienarten abhebt. Die starke Relevanz für die Meinungsbildung ergibt sich aus der Aktualität der Inhalte (im Sinne einer zeitnahen oder synchronen Übertragung von Ereignissen), aus der Breitenwirkung (im Sinne einer hohen potenziellen Reichweite) und der Suggestivkraft audiovisueller Inhalte oder der Kombination verschiedener Kommunikationsformen, die einen besonderen Anschein von Authentizität vermitteln (BVerfGE 90, 60 (87)).

Nach dem einfachen Recht des Medienstaatsvertrages (MStV; vorher Rundfunkstaatsvertrag (RStV)) ist Rundfunk hingegen ein linearer Informations- und Kommunikationsdienst, der die für die Allgemeinheit bestimmte Veranstaltung und Verbreitung von journalistisch-redaktionellen Angeboten in Bewegtbild oder Ton entlang eines Sendeplans mittels Telekommunikation ist (§ 2 Abs. 1 S. 1 MStV). Hier wird deutlich, dass vom verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff mehr Dienste umfasst sein können, als unter den Rundfunkbegriff des einfachen Rechts fallen, etwa



mit Blick auf nichtlineare Dienste. Die Unterscheidung der Begriffsdefinitionen ist unter anderem auf die ihnen zugrundeliegenden abweichenden Normzwecke zurückzuführen: so ist das Verfassungsrecht bemüht, eine Offenheit für künftige technologische Entwicklungen zu wahren und insbesondere einen normativ-funktionalen Überbau zu schaffen (BVerfGE 74, 297(350)), während das einfache Recht pragmatischer agieren muss und an seine Definition des Rundfunkbegriffs konkrete Voraussetzungen und Folgen, wie beispielsweise eine Zulassungspflicht als spezifische Regulationsmechanismen anzuknüpfen (*Grabenwarter/Maunz/Dürig* 2020: Art. 5 1, 2, Rn. 639).¹⁵ Auch die Form, in die der hier betrachtete öffentlich-rechtliche Rundfunk organisiert ist, nämlich die öffentlich-rechtliche Anstalt, verlangt nach diesem ganzheitlichen Blick in rechtstechnischer Hinsicht: Das Besondere an einer öffentlich-rechtlichen Anstalt ist, dass an sie allgemein und an die öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt im Speziellen ein gesetzlicher Auftrag gerichtet ist, den sie vor dem Hintergrund des Staatsfernegebots im Rundfunk zuvörderst selbst konkretisiert. Der Gesetzgeber kann hier gerade nicht über alle spezifischen Fragen des Wie der Funktionserfüllung selbst entscheiden, sondern die öffentlich-rechtlichen Anstalten legen ihr Verständnis der Aufgabenerfüllung in staatsfernen Entscheidungen selbst fest (*Weber/Creifelds* 2020).¹⁶

Konkrete rechtliche Anforderungen, die unmittelbar auf für Telemedienangebotene genutzte Software abzielen, finden sich im aktuellen Rechtsrahmen jedoch nicht. Deren Ausgestaltung durch die Rundfunkanstalten hat sich insoweit an den verfassungsrechtlichen, den allgemeinen rundfunkrechtlichen Vorgaben für öffentlich-rechtliche Anbieter sowie den telemedienspezifischen Vorgaben für öffentlich-rechtliche Onlineangebote zu orientieren. Obwohl die konkrete Gestaltung von Angeboten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten fernab vom Zugriff des Gesetzgebers stattfindet, ist beobachtbar, dass sowohl das Bundesverfassungsgericht in seiner dynamischen Auslegung des Rundfunkbegriffs als auch der Gesetzgeber im MStV bereits Anknüpfungspunkte für solche technikbezogenen Erwägungen öffentlich-rechtlicher Telemedien bereithalten. Das folgende Kapitel entwickelt diese Zusammenhänge im Einzelnen.

3.1. Verfassungsrechtlicher Rahmen

3.1.1. Verfassungsrechtlicher Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in digitalen Medienumgebungen

Verfassungsrechtlich kommt dem Rundfunk in seiner Gesamtheit ein spezifischer Funktionsauftrag zu – er soll der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung als Medium und Faktor dienen (BVerfGE 12, 205(260)). Dem Bundesverfassungsgericht nach nimmt der Rundfunk wie die Presse eine zentrale Rolle für das demokratische Gesamtgefüge ein, beide sind dafür schlechthin

¹⁵ Insbesondere mit Blick auf die vorliegend besprochenen Telemedien unterscheiden sich der verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Rundfunkbegriff erheblich: so unterfallen sie durchaus dem verfassungsrechtlichen Rundfunkverständnis, wohingegen ihre Subsumtion unter den einfachgesetzlichen Rundfunkbegriff nach § 2 Abs. 1 S. 1 MStV jedenfalls an dem Merkmal der Linearität krankt. Das einfache Gesetz hält insofern gesonderte Vorschriften für (öffentlich-rechtliche) Telemedien bereit.

¹⁶ Die öffentlich-rechtlichen Anstalten haben hier Interpretations- und Konkretisierungsspielräume, sind aber auch ihrerseits nicht komplett frei. Insbesondere durch Formen von Berichts- und Rechenschaftspflichten sowie durch eine begrenzte Rechtsaufsicht unterliegen die Anstalten einer öffentlichen und rechtlichen Kontrolle.



konstituierend (BVerfGE 7, 198 (208)). Die Erfüllung dieser verfassungsrechtlich erwarteten Funktion des Rundfunks hat der Gesetzgeber dadurch sicherzustellen, dass er im Rahmen eines ihm zukommenden weiten Spielraums eine Rechtsordnung einrichtet, in welcher die Vielfalt der bestehenden Meinungen dort möglichst breit und vollständig Ausdruck findet (BVerfGE 12, 205 (262 f.); 119, 181 (214); 121, 30 (50); stRspr.). Das Normziel der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zielt primär auf diese Funktionen des Rundfunks für das demokratische System und diesen objektiv-rechtlichen Gestaltungsauftrag dabei den subjektiv-rechtlichen Gewährleistungen des Grundrechts sogar unterordnet (Gersdorf 2009: 28 ff.). Begründet wird dies mit dem Umstand, dass Rundfunk als Massenmedium Auswirkungen auf den öffentlichen kommunikativen Prozess hat, der „in Form der ständigen geistigen Auseinandersetzung und dem geistigen Kampf der Meinungen“ als „Wesenselement der funktionsfähigen Demokratie“ existiert (BVerfGE 7, 198 (208)). Auswirkungen auf diesen Kommunikationsprozess hat der Rundfunk dadurch, dass er ihn kontinuierlich mit Inhalten stimuliert, welche in der Lage sind, ein für sein Fortbestehen erforderliches Aufstören und Erregen sowie Reibungen hervorzurufen (Rossen-Stadtfeld 2005: 5 f.). Der Rundfunk öffnet sich folglich in und durch sein vielfältiges Angebot der gesellschaftlichen Kommunikation medial, wirkt „faktoriell auf eine stetige Erhöhung des jeweils erreichten Vielfaltsniveaus“ hin und bindet die Gesellschaft dabei mit ein (Rossen-Stadtfeld 2005: 9). Innerhalb dieses kommunikativen Prozesses vollzieht sich die freie individuelle und öffentliche Meinungs- und Willensbildung und damit auch die „politische Willensbildung des Volkes“, die gem. Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG zur obligatorischen Voraussetzung der Kommunikationsverfassung (Vesting 2020: passim) einer demokratischen Gesellschaft und Vorbedingung einer aktiven Teilhabe von Bürger*innen daran wird (Dörr et. al. 2016: 45 ff.).

Auf welchem Wege ein solches umfassendes „Dienen“ (auch) durch die Vermittlung vielfältiger Inhalte konkret zu erreichen ist, ist in die Hände des Gesetzgebers gelegt und geht aus der Verfassung nicht unmittelbar hervor (BVerfGE 12, 205 (262 f.); 57, 295 (321 f., 325 f.); 83, 238 (296, 315 f.); 90, 60 (94); 114, 371 (387)).¹⁷ Nach einer Ära der technikbedingten Knappheit von Übertragungsressourcen und der daraus resultierenden Priorisierung eines öffentlich-rechtlichen Modells aus Gründen der Vielfaltssicherung hat sich der Gesetzgeber dafür entschieden, die deutsche Rundfunkordnung als ein duales System auszugestalten. In diesem dürfen sowohl öffentlich-rechtliche als auch private Anbieter ihre Inhalte verbreiten (Grabenwarter/Maunz/Dürig 2020: Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 799 f.). An die beiden „Säulen“, also den öffentlich-rechtlichen und den privaten Rundfunk, werden unterschiedlich hohe Anforderungen gestellt (BVerfGE 73, 118 (153)). In der Gesamtheit soll eine Vielfaltserhöhung, die bereits erwähnte strukturelle Diversifizierung und Qualitätssteigerung konkreter Formate entstehen, die aus dem wechselseitigen Zusammenspiel

¹⁷ Wohl fordert das Bundesverfassungsgericht jedoch, dass der Rundfunk einer besonderen gesetzlichen Behandlung bedürfe. Anders als ein Gros der Grundrechte soll nicht ausreichen, die primäre Grundrechtsfunktion als eine abwehrrechtliche anzusehen, mittels derer sich Grundrechtsträger*innen gegen staatliche Eingriffe zur Wehr setzen können. Aufgrund einer unterstellten herausragenden kommunikativen Bedeutung, die sich insbesondere durch die Breitenwirkung, Suggestivkraft und Aktualität des Rundfunks in seiner Gesamtheit ergebe, wird der Gesetzgeber dazu verpflichtet, eine positive Ordnung auszugestalten. Inwiefern der Befund des Bundesverfassungsgerichts in Zeiten privater Internetplattformen (empirisch) als Begründung spezifischer Regulationsanforderungen für den Rundfunk in Abgrenzung zur Regulierung solcher Plattformen und deren Medienwirkung zu Tragen vermag ist, wird seit längerem in der Rechtswissenschaft diskutiert.



beider Säulen und einer sich daraus ergebenden publizistischen Wettbewerbssituation hervor-
geht.¹⁸

Dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk kommt in diesem Zusammenspiel innerhalb der Wahrnehmung seines klassischen Auftrags die Aufgabe zu, eine Grundversorgung zu gewährleisten. Grundversorgung meint dabei nicht etwa eine inhaltliche Minimalversorgung, sondern die Bereitstellung solcher Programme, „die umfassend und in der vollen Breite (...) informieren“ und dabei „im Rahmen dieses Programmangebots Meinungsvielfalt in der verfassungsrechtlich gebotenen Weise“ herstellen (BVerfGE 83, 238 (298)).¹⁹²⁰ Dies erfolgt „nicht nur durch Nachrichtensendungen, politische Kommentare oder Sendereihen über Probleme der Vergangenheit, der Gegenwart oder der Zukunft, sondern ebenso in Hör- und Fernsehspielen, musikalischen Darbietungen oder Unterhaltungssendungen“ (BVerfGE 59, 231 (257f.)). Der verfassungsrechtliche Auftrag an den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zeigt damit gleich zwei vielfaltsbezogene Grundvoraussetzungen auf: Erstens ist der Auftrag exklusiv zu verstehen, das heißt, dass das Vielfaltsgebot auch unabhängig von vielfaltserweiternden Angeboten und Inhalten der privaten Säule gilt; die Anbieter der öffentlich-rechtlichen Säule müssen bereits alleine eine umfassende Vielfalt innerhalb der eigenen Angebote gewährleisten (Binnenpluralismus). Dafür kommen inhaltsbezogene Vielfaltspflichten bzw. -gebote genauso in Betracht wie organisationsstrukturbezogene Vorgaben (1 BvF 1/11, 1 BvF 4/11). Zweitens zeigen die Ausführungen des BVerfG, dass der Beitrag der öffentlich-rechtlichen Anbieter zur individuellen und öffentlichen Meinungsbildung sich nicht auf reine politikbezogene oder Nachrichteninhalte bezieht, sondern umfassend zu verstehen ist. So bildet der öffentlich-rechtliche Rundfunk einen Orientierungspunkt für sich informierende Bürger*innen, dem aufgrund seiner „Objektivität und Binnenpluralität“ (Papier/Schröder 2011: 76) ein besonderes Maß an Glaubwürdigkeit entgegengebracht wird (ebd.). Bei der Auftragswahrnehmung kommt dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk eine besondere kulturelle Verantwortung zu, er ist maßgeblich für die Vermittlung zentraler demokratischer Werte innerhalb seiner Programme verantwortlich (Dörr et al. 2016a: 930 f.). Eng verknüpft mit der Vermittlung demokratischer Werte ist die Wirkung, die der öffentlich-rechtliche Rundfunk entfalten soll: die gesellschaftliche Integration (BVerfGE 31, 314 (329)). Außerdem hat der öffentlich-rechtliche Rundfunk bei diesen Tätigkeiten die weiteren ihm obliegenden Prinzipien der Staatsferne²¹ und der Programmautonomie zu berücksichtigen (Eifert/Binder/Vesting 2018: § 11, Rn, 29 f.).

Die Verfassung räumt dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk eine Bestands- und Entwicklungsgarantie ein, die die stetige Versorgung mit notwendigen Ressourcen umfasst. Diese Garantie trägt

¹⁸ Da im Rahmen der vorliegenden Betrachtung der öffentlich-rechtliche Rundfunk Untersuchungsgegenstand ist, wird auf weitere Ausführungen bzgl. solcher dem privaten Rundfunk obliegenden (verfassungsrechtlichen) Vielfaltsanforderungen verzichtet.

¹⁹ Hierdurch kommt zum Ausdruck, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk binnenplural sein muss; die umfassende Vielfalt und Repräsentation diverser gesellschaftlicher Gruppen und Meinungen muss insofern in ihm abgebildet werden. Dies ist anders als beim privaten Rundfunk, für den weniger hohe Vielfaltsanforderungen und ein außenplurales Modell gewählt worden ist.

²⁰ Der Begriff der Grundversorgung wird in Teilen als fehlleitend bewertet und daher nicht mehr flächendeckend verwendet. Im Rahmen der angestellten Betrachtung soll sich jedoch nicht in Begrifflichkeiten verloren werden, weshalb nur kurz auf die Unstimmigkeiten verwiesen wird.

²¹ Inwieweit das Staatsfernegebot ein eigenes Prinzip darstellt oder sich als wichtige aus dem Vielfaltsgebot herzu-
leitende Teildimension ergibt, kann hier offenbleiben; vgl. BVerfGE 136, 9 (28 f.).



dafür Sorge, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk durch Anpassungen seiner Tätigkeiten entsprechend den gesellschaftlichen und technologischen Entwicklungen seine Funktion weiterhin wahrnehmen kann (BVerfGE 83, 238 (298)). Teile der Literatur sprechen sich dafür aus, dass über die nachhaltige finanzielle Absicherung hinaus die Bestands- und Entwicklungsgarantie auch eine „rechtliche Zurverfügungstellung“ durch den Gesetzgeber erfasse (Papier/Schröder 2011: 73). Mit einer solchen Garantieweiterung wird zum Ausdruck gebracht, dass sich der Spielraum des Gesetzgebers darauf reduzieren könnte, dass er im Falle für die Funktionswahrnehmung relevanter gesellschaftlicher und technologischer Entwicklungen den öffentlich-rechtlichen Rundfunk bei Notwendigkeit für seine weitere Funktionswahrnehmung eben auch rechtlich entsprechend ausstatten, also beispielsweise explizit für neue Tätigkeitsbereiche ermächtigen müsste. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass nur durch eine sich auf die rechtliche Zurverfügungstellung erstreckende Bestands- und Entwicklungsgarantie der Möglichkeitsraum zur Auftragserfüllung durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit entsprechender Wirksamkeit abgesichert werden könne.²² Die Diskussion soll hier nicht gelöst werden, aber jedenfalls ist festzuhalten, dass der Funktionsauftrag, an den die Grundversorgung gekoppelt ist (Schmitt 2018: 771 f.), dynamisch zu verstehen ist (BVerfGE 83, 238 (299); 87, 181 (198); 119, 181 (218)). Diese Dynamik schlägt sich auch und gerade im Gehalt der Entwicklungsgarantie nieder und bringt dort zum Ausdruck, dass der klassische Funktionsauftrag nur unter Beachtung gesellschaftlicher, technologischer und medialer Veränderungen und aus ihnen folgende Ableitungen für das öffentlich-rechtliche Mediensystem erfüllt werden kann.

Dass auch der Gesetzgeber auf solche Kontextentwicklungen bei der Gestaltung des öffentlich-rechtlichen Mediensystems reagiert, zeigt sich spätestens 2009 mit der Aufnahme des einfachgesetzlichen Telemedienauftrags in den damaligen Rundfunkstaatsvertrag (12. RÄStV). Die Aufnahme von Telemedien als über Annexfunktionen hinausgehende eigenständige zulässige Angebotsform öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten hatte die einfachgesetzliche Klärung der langanhaltenden Debatte zur Folge, ob und inwieweit sich Telemedien und insbesondere die hierfür anfallenden Kosten aufgrund spezifischer verfassungsrechtlicher Garantien legitimieren ließen. An diesem Beispiel zeigte sich deutlich die dynamische Interpretation des Funktionsauftrags auch durch den Gesetzgeber, die dieser auch in jüngeren Gesetzesreformen weiterverfolgt (s. unten Kap. 3.2).

²² Erheblich würde eine Verpflichtung zur rechtlichen Zurverfügungstellung etwa dann werden, wenn im Falle des gesetzgeberischen Verzichts auf den Erlass entsprechender relevanter Rahmenbedingungen der Möglichkeitsraum für die Auftragserfüllung durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk begrenzt (und die Auftragserfüllung womöglich dadurch vereitelt) würde, weil er schlechthin zur Herstellung und Verbreitung des hierfür notwendigen Angebots nicht ermächtigt wäre. Ein solches gesetzgeberisches Versäumnis würde sich dann als problematisch erweisen, sofern die Rundfunkanstalten im Rahmen ihrer Selbstkonkretisierung dennoch entsprechende Formate anbieten würden und somit Platz für gegen sie gerichtete wettbewerbsrechtliche Verfahren, beispielsweise durch private Medienanbieter eingeleitet, machen würden – die in Abhängigkeit zum jeweiligen Ausgang ohnehin eine gesetzgeberische Reaktion erforderlich machen würden oder eine Umstrukturierung der Tätigkeiten erforderlich machen könnten. Dass solche aufgezeigten Folgen nicht unrealistisch sind, zeigte beispielsweise das zitierte Beihilfeverbotsverfahren, welches wesentliche Implikationen für öffentlich-rechtliche Telemedienangebote mit sich zog.



3.1.2. Funktionsauftrag und softwarebasierte Inhaltevermittlung

In seiner jüngeren Rechtsprechung betonte das Bundesverfassungsgericht – ebenfalls ausgerichtet am Vielfaltsgebot – die fortwährende Bedeutung öffentlich-rechtlicher Medienangebote auch im und für den Online-Bereich (BVerfGE 149, 222 (Rn. 79)). Die Notwendigkeit auch im Internet verfügbarer öffentlich-rechtlicher Medienangebote ergebe sich daraus, dass sich entgegen der Erwartung, vielleicht sogar der Hoffnung einer gleichberechtigten kommunikativen Online-Teilhabe (Gersdorf 2009: 56 f.), Konzentrations- und Monopolisierungstendenzen herausgebildet hätten (BVerfGE 149, 222 (Rn. 79)). Für diese Tendenzen würden sich kommerziellen Logiken folgende Anbieter wie Online-Plattformen oder soziale Netzwerke verantwortlich zeichnen. Das Bundesverfassungsgericht sieht hier innerhalb der einzelnen privaten Angebote zusätzliche Risikopotenziale für die Vielfaltserreichung durch Formen der Inthekuraturierung, die ebenfalls mit dem Ziel einer Gewinnmaximierung erfolgen (ebd.). Mitursächlich für eine solche Absatzsteigerung sei der Umstand, dass „auch mit Hilfe von Algorithmen Inhalte gezielt auf Interessen und Neigungen der Nutzerinnen und Nutzer zugeschnitten werden, was wiederum zur Verstärkung gleichgerichteter Meinungen führt“ (ebd.). Eine vielfaltsbezogene Verbesserung des publizistischen Gesamtwettbewerbs wäre durch das Hinzutreten solcher Plattformen gerade nicht zu erwarten (ebd.). Das Primat dieser Online-Plattformen liegt der Einordnung des Bundesverfassungsgerichts zufolge also gerade nicht in der Beisteuerung einer Erhöhung von Meinungsvielfalt, sondern in einer kommerziellen Logik im Sinne einer Gewinnmaximierung begründet.²³

Bemerkenswert an dem Passus ist, dass hierin zwei neuere Granulierungen der Verfassungsauslegung und insbesondere der Rundfunkfreiheit zu Tage treten: Zum einen erkennt das Bundesverfassungsgericht an, dass im Online-Bereich auch andere, neben dem dualen Rundfunksystem stehende Akteur*innen auf das Ziel der Rundfunkfreiheit, also die Stimulation des kommunikativen Prozesses durch vielfältige Inhalte und damit Ermöglichung einer freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung, einwirken. Dabei spricht das Bundesverfassungsgericht explizit auch kommerziellen Plattformen und Rundfunkanbietern im Online-Bereich mögliche Wirkungen zu, konstatiert aber gleichzeitig, dass die derzeitige Entwicklung eher zu einer Vielfaltslimitierung führt. Zum anderen kann aus der Argumentationslinie die Sicht des Gerichts gelesen werden, dass neben den von Online-Medienanbietern zugänglich gemachten Inhalten auch und gerade der für die Inthekeselektion und -vermittlung eingesetzte Technik eine wichtige Rolle für die Gewährleistung von Vielfalt zukommt. Es weitet hier die für eine Vielfaltssicherung erforderlichen Parameter auch auf die zur Inhaltevermittlung eingesetzte Technik aus und macht deutlich,

²³ Des Weiteren führt das Bundesverfassungsgericht an, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk auch in Zeiten der Digitalisierung und der damit einhergehenden Fülle an online vorhandenen Quellen wie Informationen eine wichtige Institution sei, um klassisch journalistische Funktionen, beispielsweise die der Selektion forthin zu übernehmen. Dies sei insbesondere deshalb relevant, da im Online-Bereich aufgrund der angesprochenen Informationsfülle für die Orientierung von Bürger*innen professionalisierte Gate-Keeping-Prozesse notwendig würden. Außerdem werde dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk auch online ein besonderes Maß an Glaubwürdigkeit zugeschrieben, so dass er auch tatsächlich ein solches Maß an Orientierung übernehmen könne (BVerfGE 149, 222 (Rn. 80)).



dass die für Vielfalt relevanten Betrachtungsgegenstände – Dualität des Rundfunksystems, inhalts- und organisationsbezogenes Vielfaltsgebot – auch Software umfassen, die Einfluss auf die Verfügbarkeit und Sichtbarkeit von Medieninhalten aus Nutzer*innensicht hat.²⁴

Die Feststellung, dass das Bundesverfassungsgericht zur Ermittlung eines vielfaltsbezogenen Entscheidungsmaßstabs im Rahmen der Rundfunkfreiheit neben dem öffentlich-rechtlichen wie dem privaten Rundfunkangebot nun auch andere Akteur*innen in den Ursachenkanon der Vielfaltsgefährdungen aufnimmt, ist spannend. In Abgrenzung zur Presse wird dem Rundfunk insgesamt und einzelnen Rundfunkanbietern bereits eine erhebliche Rolle für die freie individuelle und öffentliche Meinungs- und Willensbildung zugesprochen, die auf die herausragende kommunikative Wirkung des Medientyps zurückzuführen sei.²⁵ Davon unbeeindruckt konstatiert das BVerfG nun im zitierten Urteil, dass unabhängig von den Einzelinhalten allein die Konsolidierung des Online-Angebotsmarkts bei Plattformen und Intermediären und die von ihnen angewandten Formen der Inhalteselektion für die Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit relevante Vielfaltsverengungen entstünden. Dies würde bedeuten, dass das Gericht die Rundfunkfreiheit nicht mehr als eine im Medienverbund abgrenzbare Verbürgung auslegt, deren Zielgefährdungen ausschließlich im Rundfunksystem selbst zu sehen sind, sondern dass auch Entwicklungen in anderen Medienbereichen mit Rückwirkungen auf die Vielfaltssituation – und damit andere Digitalisierungserscheinungen – Relevanz für das Normziel eines vielfältigen Rundfunksystems haben können.

Ausgehend davon sieht das BVerfG den öffentlich-rechtlichen Rundfunk dann weiterhin und in besonderer Weise aufgerufen, auch online ihrer Aufgabe nachzukommen, „durch authentische, sorgfältig recherchierte Informationen, die Fakten und Meinungen auseinanderhalten, die Wirklichkeit nicht verzerrt darzustellen und das Sensationelle nicht in den Vordergrund zu rücken, vielmehr ein vielfaltssicherndes und Orientierungshilfe bietendes Gegengewicht zu bilden“ (BVerfGE 149, 222 (Rn. 80)). Gerade der Hinweis auf die unverzerrte Darstellung und die Absicherung gegen zu stark wirtschaftsorientierte Auswahl von Inhalten ist ein wichtiger Hinweis auf die Relevanz einer an dem verfassungsrechtlichen Funktionsauftrag orientierten Gestaltung auch von öffentlich-rechtlicher Mediensoftware. Medieninhalte und die für ihre Inhalteproduktion, -distribution, -selektion und -vermittlung eingesetzte Software können dabei nicht getrennt voneinander gedacht werden. Wo in klassischen Radio- und Fernsehangeboten die Selektion und Sortierung auf Ebene der Sendung und des Programms erfolgte und dann in dieser Zusammenstellung technisch übertragen wurde, vermischt sich auf Plattformen mit non-linearen Angeboten die technische Vermittlung mit der inhaltlichen Sortierung und Selektion. Der gesamte Prozess ist jetzt ein hybrider technisch-inhaltlicher Vermittlungsprozess. Dementsprechend kann

²⁴ Dabei ist der Gedanke, den verfassungsrechtlichen Funktionsauftrag nicht ausschließlich auf Inhalte zu beziehen, strukturell kein neuer; auch im Rahmen der Diskussionen über die (technische) Grundversorgung, Must-Carry-Regeln in Kabelanlagen oder den neueren Priorisierungsvorschriften für Benutzeroberflächen spiegeln sich strukturähnliche Überlegungen.

²⁵ Auch der Presse wird eine „schlechthin konstituierende“ Funktion für das demokratische Gesamtgefüge zugesprochen. Allerdings nimmt das Gericht an, dass ein einzelnes Blatt keine solche enorme Auswirkung wie ein einzelner Rundfunkanbieter haben könne – sie verfüge nicht über die für den Rundfunk konstatierte Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft wie der Rundfunk, darüber hinaus stelle sich auch ohne die Vornahme vergleichbarer Regelungen regelmäßig ein Außenpluralismus ein (Kühling/Gersdorf/Paal 2021: Art. 5 Rn. 98 f.).



sich auch der Funktionsauftrag weder ausschließlich auf einen dieser Aspekte, noch auf Inhalt und Software voneinander abstrahiert beziehen. Der öffentlich-rechtliche Funktionsauftrag gilt für die Gesamtheit der Angebotserbringung und umfasst damit alle technisch-inhaltlichen Systeme der Vermittlung im Digitalen.

3.1.3. Verfassungsrechtliche Bezüge personalisierter Inthaltekuratierung

Eine besondere Frage stellt sich angesichts der Erkenntnis, dass wie gezeigt auch technische Artefakte in der Karlsruher Lesart potenziell vielfaltsrelevante Wirkungen aufweisen können²⁶, mit Blick auf das Verhältnis von öffentlich-rechtlichem Funktionsauftrag und der Personalisierung der Inthalteselektion. Ganz explizit bezieht sich das Bundesverfassungsgericht auf Algorithmen, die eingesetzt werden, um den Interessen und Neigungen einzelner Nutzer*innen entsprechende Inhalte anzuzeigen (BVerfGE 149, 222 (Rn. 79)), und spielt damit auf Formen der algorithmischen Personalisierung an.

Eine solche algorithmisierte Personalisierung kann unterschiedlich erfolgen, explizit und implizit. Explizit bedeutet dabei, dass vom Nutzenden bewusst angegebene Interessen in der sodann erfolgenden algorithmisierten Inthalteselektion priorisiert werden, wohingegen implizit meint, dass aus der Beobachtung des bisherigen Verhaltens einer Person die (vermeintlichen) Interessen der nutzenden Person inferiert werden. Das BVerfG verweist in seinen Erwägungen auf diese Formen der impliziten Personalisierung. Diese Form der Inthaltekuratierung kann (theoretisch) zur Folge haben, dass die den verschiedenen Nutzenden angezeigten Inhalte sich individuell so stark voneinander unterscheiden, dass es nur noch wenige Überschneidungen gibt (Thurman/Schifferrés 2012: 2). In solchen Fällen läge eine sogenannte Hyperpersonalisierung vor, in der jedes Individuum andere Medieninhalte vermittelt bekäme.

Mit Blick auf den Funktionsauftrag relevante Bezüge solcher Effekte könnten darin bestehen, dass im Wege *hyperpersonalisierter* Inhalte die von der Kommunikationsverfassung erwünschte massenmediale Wirkungen womöglich nicht oder nur erschwert eintreten, insbesondere im Hinblick auf die Ermöglichung der Anbindung des/der Einzelnen an Öffentlichkeit(en) durch Massenmedien. Massenmediale Wirkungen, die durch den Einsatz entsprechender Techniken ausbleiben könnten, wären – im schlimmsten Fall – die im Wege einer stetigen Stimulation beschriebene Anregung des kommunikativen Prozesses, an dem sämtliche Gesellschaftsmitglieder sich beteiligen und durch den ein Grundbestand gesellschaftlich geteilten Wissens entsteht, das Voraussetzung für gesellschaftliche Integration ist. Zwar würde mit der persönlichen Kuratierung vermittelter Inhalte nicht die Vielfalt der grundsätzlich vorhandenen Inhalte beeinflusst werden, aber jede, die letztlich von Einzelpersonen rezipiert würde, und die nicht ausschließlich nutzer*innenseitig, sondern entweder rein anbieterseitig oder durch hybride Feedbacksysteme zwischen Nutzer*innen- und Anbieter*innenseite ausgewählt würden. Statt gesellschaftlicher Teilhabe am öffentlichen Diskurs würde der Zugang zu individuell interessanten Informationen gewährleistet,

²⁶ Die Diskussion, inwiefern Algorithmisierungen sich auf die Rezeption von Online-Inhalten auswirken, wurde spätestens im Zeitpunkt des Erscheinens des Pariser-Buchs über die sog. „Filterblasen“ (Pariser 2011) ausgelöst. Inzwischen wird auf Basis verschiedener Verständnisse diskutiert, ob und in welcher Intensität solche Effekte empirisch tatsächlich nachweisen lassen, s. Bruns 2019.



die Anbindung von Einzelpersonen an den gesellschaftlichen Diskurs als gemeinsames Forum vereitelt werden. In möglicher Ermangelung einer Konfrontation mit einem diversen Meinungsspektrum und insbesondere auch abweichenden Meinungen ergäben sich vielfaltsverengende Auswahlentscheidungen und sich verstärkende Meinungs- und Willensbildungstendenzen. Derartige Entwicklungen stehen normativ dem gegenüber, was Massenkommunikation in der Kommunikationsverfassung wie oben beschrieben eigentlich bewirken soll – und damit dem Ziel, dem öffentlich-rechtliche Medienanbieter in besonderer Weise verschrieben sind.

Solche Risikopotenziale weisen bestehende und zukünftige Angebote auf, die mit entsprechenden Technologien arbeiten, um die Fülle der vorhandenen Inhalte bedürfnisorientierter vorzuselektieren. Hier hängt das Eintreten der beschriebenen Risiken in einem wesentlichen Maße davon ab, welche Selektionslogiken bei dem Einsatz der Technologie zur Anwendung kommen. Das Bundesverfassungsgericht stellt in der zitierten Entscheidung darauf ab, dass Online-Plattformen wie soziale Netzwerke Selektionslogiken einsetzen, die darauf gerichtet sind, auf lange Sicht ihren Umsatz durch eine verlängerte Verweildauer der Nutzer*innen zu erhöhen. Diese Logik führe dazu, dass Nutzer*innen lediglich die ihren ggf. einseitigen Präferenzen entsprechenden Inhalte mit dem Ergebnis der inhaltlichen Segregation rezipierten. Die Nutzung entsprechender Logiken im nicht-linearen Bereich öffentlich-rechtlicher Rundfunkangebote würde insoweit die Frage aufwerfen, inwieweit die so verengte Inhaltsvielfalt den Anforderungen aus dem verfassungsrechtlichen Funktionsauftrag noch entspräche: Wie oben skizziert soll der öffentlich-rechtliche Rundfunk mittels vielfältiger Inhalte die Gesellschaft als solche integrieren und – gemeinsam mit den Anbietern privaten Rundfunks – zu einer strukturellen Diversifizierung vorhandener Medienangebote führen. Die Funktionserfüllung würde demnach erschwert, wenn jede Einzelperson *ausschließlich* und *erheblich abweichende* Inhalte des öffentlich-rechtlichen Inhaltspools rezipierte.²⁷ Öffentlich-rechtliche Anbieter können insoweit Personalisierungsfunktionen anbieten, sie haben aber sicherzustellen, dass die an den einzelnen Nutzenden zugespielten Inhalte in sich vielfältig sind – die Selektionslogik übernimmt an dieser Stelle die Funktion der klassischen Programmplanung, mit der die inhaltliche Vielfalt gewährleistet wird.

Bei ansteigender Nutzung nicht-linearer öffentlich-rechtlicher Inhalte und zunehmender Personalisierung könnte der öffentlich-rechtliche Rundfunk in seiner Gesamtheit insofern seine ihm verfassungsrechtlich aufgetragenen Ziele verpassen und damit auch die (oben beschriebene) europarechtliche Legitimation einer Beitragsfinanzierung unterminieren.

Anders verhielte sich die Einschätzung dagegen mit Blick auf Selektionslogiken, die die verfassungsrechtliche Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gerade unterstützen können. So sind Modelle denkbar, in denen Selektions- und Empfehlungsmechanismen nicht ausschließlich

²⁷ Auf dogmatischer Ebene könnten sich im Falle einer Hyperpersonalisierung weitere Fragestellungen ergeben, ist die Rundfunkfreiheit doch abweichend von der üblichen Grundrechtsdogmatik insbesondere als eine funktionale angelegt. Das bedeutet, dass sie gerade nicht primar darauf ausgerichtet ist, individualrechtliche Freiheitsverbürgungen zum Schutz vor staatlichen Eingriffen zu gewährleisten. Eine dogmatische Schwierigkeit könnte sich also dann ergeben, wenn das insbesondere ein objektiv-rechtliches, in diesem Sinne kollektives Ziel verfolgende Grundrecht sich jedenfalls im nicht-linearen Bereich zu starken Individualisierungen in der Rezeption wandeln würde. Eine solche Diskussion kann an dieser Stelle nicht geführt werden, soll der Vollständigkeit halber jedoch Erwähnung finden.



individuelle Präferenzen, sondern auch vielfaltsfördernde Selektionen und Inhaltekuratierungen vornehmen. Alternativ ist denkbar, dass ein öffentlich-rechtliches Angebot personalisierte Empfehlungen nur für besonders ausgewiesene Bereiche seines Online-Angebots vorsieht oder den Nutzer*innen gut erkennbare Verweise auf nicht-personalisierte Empfehlungen anbietet. Vorstellbar ist, dass auf diese Weise ein Mindestmaß an nutzer*innenunabhängig angezeigten, diversen Inhalten erreicht würde. Eine solche der Rezeptionsvielfalt²⁸ verschriebene Selektion und Inhaltevermittlung in dem zunehmend genutzten nicht-linearen Bereich der öffentlich-rechtlichen Angebote könnte die Funktionswahrnehmung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ermöglichen, ohne personalisierte Angebote schlicht unmöglich zu machen. Auf diesem Weg würden wesentliche Bestandteile des Funktionsauftrags Ziels erreicht: die für die Meinungs- und Willensbildung erforderliche Vielfalt würde Einzelpersonen weiterhin erreichen und sie dabei im Wege der überindividuellen Rezeption in die Gesellschaft einbinden.

Die Wirkungen personalisierter Inthateselektion auf den verfassungsrechtlichen Funktionsauftrag öffentlich-rechtlicher Anbieter können hier nur angeschnitten werden, hier bedarf es weiterer und vor allem vertiefender Analysen und Diskussionen. Festgehalten werden kann bis hierhin, dass der Funktionsauftrag sich auch auf softwarebasierte Systeme auswirkt, soweit diese einen vielfaltsbezogenen Einfluss aufweisen. Software wird hier, mit dem Bundesverfassungsgericht gewandt, also zum Faktor innerhalb des Faktors im demokratischen Gesamtgefüge. Sie ist insoweit entsprechend der verfassungsrechtlichen Erwartungen an die Vielfaltsgewährleistung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sorgsam zu gestalten und einzusetzen – und bedarf insbesondere einer vertieften und reflexiven Betrachtung ihrer Implikationen für die Funktionswahrnehmung.

3.2. Gesetzlicher Programmauftrag und der Drei-Stufen-Test

Wenn der Gesetzgeber von seiner Ausgestaltungsaufgabe der Rundfunkordnung Gebrauch macht und wie derzeit den Rechtsrahmen als ein duales Rundfunksystem konzipiert, so hat er dafür Sorge zu tragen, dass die öffentlich-rechtlichen Anbieter den ihnen in diesem System zugedachten Funktionsauftrag nachkommen und nachkommen können (s. oben Kap. 3.1.1). Bei der Übersetzung der verfassungsrechtlich zugedachten Funktionen öffentlich-rechtlichen Rundfunks hat der Gesetzgeber einen beträchtlichen (Konkretisierungs-)Spielraum, solange er die ebenfalls aus der Verfassung gelesenen Gebote der Staatsferne und Programmautonomie der eingerichteten Rundfunkanstalten berücksichtigt. In der Literatur wird der Zusammenhang zwischen der verfassungsrechtlichen Grundkonzeption eines öffentlich-rechtlichen Rundfunks und seiner Transformation in das einfache Recht des Medienstaatsvertrags (MStV) als „verfassungsrechtliche Vorstrukturierung“ beschrieben (*Eifert/Binder/Vesting* 2018: § 11 Rn. 3).

²⁸ Hinter der Verschiebung der Perspektive von einer Angebots- zu einer Rezeptionsvielfalt steckt ein beachtlicher Paradigmenwechsel. Angesichts der oben beschriebenen notwendigen Erweiterung des Funktionsauftrags auf inhaltevermittelnde Selektionsverfahren erscheint dieser Blickwechsel aber zwingend. Zum Konzept einer normativ geleiteten Rezeptionsvielfalt s. Helberger 2012, Helberger/Burri 2015; Helberger/Karppinen/D’Acunto 2016.



3.2.1. Dimensionen des allgemeinen gesetzlichen Programmauftrags

Der MStV hält für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk einen Abschnitt mit besonderen Bestimmungen bereit (§§ 26–49 MStV), die spezifische Vorgaben, Anforderungen und Konkretisierungsaufträge vorsehen. Die beschriebene verfassungsrechtliche Vorstrukturierung bildet sich insbesondere im gesetzlichen Programmauftrag ab, der als Grundnorm des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in § 26 Abs. 1 S. 1 MStV festgelegt ist. Der gesetzliche Programmauftrag sieht dem verfassungsrechtlichen Rahmen entsprechend vor, dass die Rundfunkanstalten durch die Herstellung und Verbreitung ihrer Angebote als Medium und Faktor des Prozesses freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung zu wirken und dadurch die demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft zu erfüllen haben. Der Auftrag ist angesichts seines Wortlauts auf alle Angebote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten anwendbar, unter die gem. § 27 Abs. 1 S. 1 MStV alle Rundfunkprogramme (Hörfunk- und Fernsehprogramme) sowie Telemedienangebote fallen. Der so festgeschriebene Rundfunkauftrag nimmt die Rolle einer normativen Beschreibung der dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk zugewiesenen Aufgabe ein (*Cornils/Binder/Vesting* 2018: § 11 Rn. 1, 8). Sein Wortlaut setzt sich erkennbar aus Bestandteilen aufgezeigter verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung sowie aus Übernahmen des Protokolls von Amsterdam²⁹, zusammen und vereint dadurch die beiden wesentlichen wie übergeordneten Rechtsquellen in sich, die sich auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in seiner Gesamtheit auswirken. Er wird so zum Einfallstor für die beschriebene verfassungsrechtliche Grundkonzeption.

Der allgemeine Programmauftrag aus § 26 Abs. 1 S. 1 MStV wird in spezifischeren Unteraufträgen konkretisiert, die in ihrer Gesamtheit keine Erweiterungen darstellen, sondern den Grundauftrag granulieren (*Gersdorf/Paal* 2019: § 11 Rn. 16). Dem Wortlaut des § 26 Abs. 1 S. 4, 5 MStV folgend umfasst der gesetzliche Rundfunkauftrag jedenfalls die Unteraufträge der Bildung, Information, Beratung und Kultur.³⁰ Diese Aufträge beziehen sich klassischerweise als Teilfunktionen auf alle Programminhalte – nicht nur auf spezifische Genres und Gattungen – (vgl. *Cornils/Binder/Vesting* 2018: § 11 Rn. 44 f.), die entsprechend der Unteraufträge produziert und angeboten werden und dadurch den freien individuellen und öffentlichen Meinungs- und Willensbildungsprozess im Sinne des verfassungsrechtlich vorstrukturierten Normziels anregen.

²⁹ Das Protokoll von Amsterdam ist ein Annex des Vertrags von Amsterdam und wird zur Auslegung des AEUV hinzugezogen (vgl. EK 2009: ABI. C 257/7 v. 27.10.2009, Rn. 47). Herangezogen wird es im Rahmen der Auslegung beihilferechtlicher Vorschriften in Bezug auf die Finanzierung eines öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Es besagt im Wesentlichen, dass die Anwendbarkeit der strengen europäischen Wettbewerbsregeln nicht zur Folge haben darf, faktisch die Befugnis der Mitgliedstaaten, eine Rundfunkfinanzierung öffentlich auszugestalten, zu negieren. Auf Basis des Protokolls von Amsterdams und als Reaktion auf seine Grundaussagen hat die Europäische Kommission die sog. Rundfunkmitteilungen erlassen, die im Gegenstandsbereich öffentlich-rechtlicher Rundfunk zu einer weniger strengen Auslegung der Wettbewerbsregelungen führen.

³⁰ Auf die genaue Bedeutung der Unteraufträge kann im Rahmen der hier angestellten Betrachtung nicht weiter eingegangen werden. Relevant für die hier angestellten Überlegungen ist insbesondere, dass sich die Unteraufträge bislang vor allem auf die Programminhalte bezogen, nicht aber auf die konkrete Ausspielung und Kombination dieser.



3.2.2. Telemedienspezifische Aufträge und Ziele

Für öffentlich-rechtliche Telemedien, die definitorisch nicht unter den einfachgesetzlichen Rundfunkbegriff fallen, gelten zusätzlich die §§ 30, 32 MStV und ergänzen den allgemeinen Rundfunkauftrag materiell und dessen Konkretisierungen in einzelnen Angeboten prozedural. Zunächst werden die etablierten Landesrundfunkanstalten, das ZDF und Deutschlandradio in § 30 Abs. 1 MStV ausdrücklich mit dem Anbieten von Telemedien beauftragt. In den weiteren Absätzen des § 30 MStV folgen gesonderte materiell-rechtliche Anforderungen an die Gestaltung öffentlich-rechtlicher Telemedien, die über den allgemein gefassten gesetzlichen Programmauftrag hinausgehen und die Betätigung bei diesen Angebotsformen weiter konkretisieren. Dabei ist die Zulässigkeit eines öffentlich-rechtlichen Telemedienangebots vorher, d. h. vor der Entwicklung bzw. vor einer geplanten größeren Änderung positiv festzustellen. Dieser restriktive Ansatz ist insbesondere den oben beschriebenen europäischen wettbewerbsrechtlichen Vorgaben geschuldet, die wegen fehlender Bestimmungen des zahlenmäßigen Umfangs von Angeboten im Bereich der Telemedien³¹, wegen der Beitragsfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und den daraus entstehenden Potenzialen für Wettbewerbsverzerrungen zulasten privater Anbieter eine materielle Limitierung erforderlich machen.

Insbesondere aus dem § 30 Abs. 3 S. 1 MStV folgen weitere telemedienspezifische Funktionserwartungen, die die Eigenarten und Möglichkeiten der Erfüllung des Funktionsauftrags durch nicht-lineare und interaktive Angebote berücksichtigen: Danach sollen öffentlich-rechtliche Telemedienangebote allen Bevölkerungsgruppen die Teilhabe an der Informationsgesellschaft ermöglichen, eine Orientierungshilfe darstellen, Möglichkeiten der interaktiven Kommunikation vorhalten und darüber hinaus die technische und inhaltliche Medienkompetenz aller Generationen und Minderheiten fördern. Deutlich zeigt sich bei diesen Zuschreibungen, dass die Funktion, die Telemedien im öffentlich-rechtlich medialen Gesamtgefüge zukommt, gerade nicht auf das Vorhalten statischer Programminhalte begrenzt ist, sondern an spezifische Online-Möglichkeiten der Kommunikation und Interaktion und daraus folgenden Nutzungsmöglichkeiten anknüpft; insbesondere die Möglichkeit des Anbietens von unterschiedlichen Medienformen innerhalb telemedialer Angebote und deren Mischung – etwa audiovisuelle Inhalte, textbasierte Darstellungen, interaktive Formate und personalisierte Empfehlungen – öffnen einen Raum für die journalistisch-redaktionell veranlasste Kombination solcher Möglichkeiten (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 29 MStV). Die den Telemedien zugrundeliegende technische Infrastruktur bietet zusätzlich die Möglichkeit, Kompetenzen zu fördern, die im Wege einer ausschließlich linearen Medienrezeption weniger gut möglich wären. Insbesondere Formen inhaltlicher Interaktion und Einbeziehung in Formate innerhalb linearer Inhalte sind im klassischen Rundfunk nur in engeren Grenzen möglich. Telemedien hingegen erlauben solche interaktiven und ggf. sogar partizipatorischen Formen und fordern teilweise eine aktive Beteiligung der Rezipierenden. Telemedien und insbesondere solche,

³¹ Für öffentlich-rechtliche Hörfunk- wie Fernsehprogramme werden in den §§ 28, 29 MStV zahlenmäßig konkrete Programme festgelegt. Die angesprochenen materiell-rechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen öffentlich-rechtlicher Telemedien sind Folge des oben angesprochenen Beihilfekompromisses, der zwischen der Bundesregierung und Europäischen Kommission geschlossen wurde.



die journalistisch-redaktionell den öffentlich-rechtlichen Standards dem gesetzlichen Programmauftrag folgend veranlasst und gestaltet sind, tragen somit zur Herausbildung solcher auf individueller und gesellschaftlicher Ebene wichtigen Kompetenzen bei. Öffentlich-rechtliche Telemedien sind durch die gesetzlichen Vorgaben aufgerufen, Wissensgrundlagen und Kompetenzen der Nutzenden für einen reflektierteren und aktiveren Medienumgang zu schaffen. Dabei verweist § 30 Abs. 3 S. 1 MStV auf einen spezifischen Orientierungsauftrag, der über die besondere Glaubwürdigkeit der im Rahmen des allgemeinen Programmauftrags erstellten und zugänglich gemachten Inhalte hinaus auch auf Ebene der Orientierung innerhalb der telemedialen Angebote und dort empfohlener externer Quellen wirken kann. Öffentlich-rechtliche Telemedien haben hier dafür Sorge zu tragen, dass sich ihre professionalisierten Selektions- und Priorisierungsmechanismen einerseits sowie ihre journalistisch-redaktionellen Produktionsstandards andererseits auch online wiederfinden. Dies ermöglicht den Nutzer*innen einen Rückgriff auf ihre Inhalte etwa zur Versicherung oder gar primärer Online-Ausgangspunkt und -Informationsquelle von besonderer Glaubwürdigkeit.

3.2.3. Telemedienkonzepte und der Drei-Stufen-Test

Doch nicht nur innerhalb dieser Zuweisungen stellt sich heraus, dass Telemedien auch nicht-inhaltsbezogene Implikationen für den kommunikativen Prozess, den es zu stimulieren wie aufrecht erhalten gilt, haben. Auch hat der Gesetzgeber übereinstimmend mit den Leitlinien verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung sowie den beschriebenen Weiterentwicklungen anerkannt, dass es besondere technische Aspekte der telemedialen Infrastruktur gibt, die für die Erreichung des einfachgesetzlichen Telemedienauftrags sowie des übergeordneten verfassungsrechtlichen Normziels der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG wesentlich sind. Formuliert wird in § 32 Abs. 1 S. 1 MStV neben vor allem inhaltsbezogenen Anforderungen, dass die jeweils zuständige Rundfunkanstalt innerhalb ihrer Selbstkonkretisierung im Rahmen von Telemedienkonzepten auszuweisen hat, welche „internetspezifischen Gestaltungsmittel“ sie im geplanten Angebot einzusetzen gedenkt. Bevor unter Heranziehung der Gesetzesbegründung erläutert werden soll, warum die in dieser Untersuchung betrachteten Technikkomponenten wie durch Filterungen vorgenommene Personalisierungen, Recommender-Systeme und Content-Management-Systeme solche internetspezifischen Gestaltungsmittel Implikationen für die Förderung der jeweiligen Normziele haben, ist darzustellen, was Telemedienkonzepte sind, welchen Zweck sie in der Gesamtheit der für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk geltenden Regularien verfolgen – und wo sie im Rahmen der besonderen Kompetenzaufteilungen öffentlich-rechtlicher Anstalten zu verorten sind.

Ein Telemedienkonzept ist zunächst die Beurteilungsgrundlage dafür, ob ein konkretes in Planung stehendes neues oder wesentlich verändertes Telemedium durch eine Rundfunkanstalt eingeführt werden kann, vgl. § 32 Abs. 1 MStV. Wie bereits dargelegt ermöglicht der MStV den Anstalten neben den konkreten Beauftragungen aus § 30 Abs. 2 MStV das Angebot weiterer öffentlich-rechtlichen Telemedien, übergibt die Prüfung, inwieweit solche Angebote von dem gesetzlichen Auftrag umfasst sind, den Selbstkonkretisierungsangelegenheiten der Rundfunkan-



stalten. Ob die geplanten Telemedienangebote die gesetzlichen Anforderungen hinreichend abbilden, wird also innerhalb eines gesetzlich gerahmten Drei-Stufen-Tests überprüft.³² Findet das Verfahren einen positiven Abschluss, ist das geplante Angebot zulässig und der Rundfunk- sowie Telemedienauftrag hat sich entsprechend auf das bestimmte Telemedium konkretisiert (Schulz 2008: 21). Dies ist deshalb erheblich, weil so die Bemessung des hierfür benötigten Finanzbedarfs unter Kopplung an das spezifische Angebot erfolgen kann – auch ohne dass das konkrete Telemedienangebot vorab gesetzlich festgelegt wurde. Das Telemedienkonzept wird somit zum Ausgangspunkt eines ex ante-Verfahrens zur Zulässigkeitsbeurteilung eines konkreten Online-Angebots und ist zugleich die vorbereitende Selbstkonkretisierung des Rundfunkauftrags durch die jeweils zuständige Anstalt.³³ Diese erfolgt dadurch, dass die Rundfunkanstalt anhand der in § 32 Abs. 1 MStV vorgegebenen Kategorien, die als Mindestangaben zu verstehen sind, das geplante Angebot im besagten Telemedienkonzept illustriert und konzeptionell vorbereitet. Dabei fordert die Norm als eine der Mindestangaben die jeweilige Rundfunkanstalt auch dazu auf, besonders darauf einzugehen, welche „internetspezifischen Gestaltungsmittel“ sie dabei künftig einzusetzen gedenkt.

Mit dem Drei-Stufen-Test wird materiell überprüft, ob ein Angebot dem gesetzlichen Programmauftrag dezidiert entspricht. Gleichermaßen erfüllt er einen darüberhinausgehenden Zweck, der oben bereits unter der Bemessungsmöglichkeit des Finanzbedarfs angesprochen worden ist: Es geht auch wesentlich darum, dass sich der weite, gesetzlich nicht auf konkrete Medienangebote beschränkte Telemedienauftrag zu einem bestimmten Telemedienangebot verengt, um so unter Wahrung der Anforderungen des europäischen Beihilfenrechts staatliche Beihilfen für dieses aufwenden zu dürfen. Der Drei-Stufen-Test ist insoweit als ein komplexes Instrument zu sehen, das eigens dafür geschaffen wurde, die aus den verschiedenen nationalen und europäischen, und verfassungsrechtlichen wie einfachgesetzlichen Rechtsquellen resultierende Anforderungstendenzen, die grundsätzlich für alle Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gelten, zu vereinen. Als Resultat des Beihilfekompromisses, der zwischen der Europäischen Kommission und Bundesregierung geschlossen werden konnte, dient er primär der Vermittlung der widerstreitenden Rechtsansichten wie Interessen der beteiligten Parteien (s. dazu oben Kap. 2). Ein öffentlich-rechtliches Telemedium kann seit der Einführung des Drei-Stufen-Tests durch den 12. RÄStV nur noch dann erfolgen, wenn das hierfür dargelegte Telemedienkonzept das unter verschiedenen Öffentlichkeitsbeteiligungen stattfindende Verfahren positiv abschließt und dadurch seine spezifische Auftragserfüllung darzulegen vermag. Rechtstechnisch ist der positive Abschluss des Dreistufen-Test also auch als Bemessungsgrundlage für die zulässigerweise aufwendbaren öffentlichen Mittel zu bewerten. Aus dem Abschluss des Drei-Stufen-Tests resultiert eine Selbstkonkretisierung, die hinreichend detailliert für eine Betrauung einer Rundfunk-

³² Genau genommen erfolgt durch den Drei-Stufen-Test nicht nur die Überprüfung eines Telemedienkonzepts mit Blick auf die Erfüllung des Programmauftrags, sondern im Rahmen des Verfahrens wird der relativ offene Telemedienauftrag aus § 30 Abs. 1 MStV dynamisch erweitert, vgl. Schulz 2008: 28.

³³ Die Rechtswirksamkeit ist erst dann gegeben, sobald das Verfahren tatsächlich positiv abgeschlossen und die Einführung bzw. wesentliche Änderung des Telemediums insofern beschieden ist, § 32 Abs. 6, 7 MStV. In welchem Zeitpunkt zugleich die Auftragskonkretisierung im beihilferechtlichen Sinne vorgenommen wird, ist umstritten.



anstalt mit der Erbringung dieser im Sinne einer DAWI vorliegt. Der vor der Einführung des Telemedienangebots durchgeführte Drei-Stufen-Test kann daher als nationales Konkretisierungs- und Betrauungsverfahren verstanden werden, denn mit der Erklärung seines erfolgreichen Abschlusses geht auch die Betrauung der Rundfunkanstalt mit der Ausführung des Telemediums im Sinne einer DAWI einher (Beihilfekompromiss Rn. 370). Um in diesem Sinne die Konkretisierung und Betrauung als verschiedene Anforderungen gleichzeitig erwirken und auflösen zu können, vereint der Drei-Stufen-Test prozedurale Phasen sowie inhaltliche Anforderungen zur Rückbindung des geprüften Angebots an den gesetzlichen Programmauftrag unter Beteiligung diverser Akteur*innen in sich. Seine Rechtsgrundlage findet sich zunächst im § 32 Abs. 4-7 MStV wieder und wird darüber hinaus durch Satzungen bzw. Richtlinien der jeweiligen durchführenden/federführenden Landesrundfunkanstalt mit detaillierteren Festschreibungen ergänzt (§§ 31 Abs. 1 S. 1, 32 Abs. 3 MStV). Im Folgenden wird unter Verzicht auf detaillierteren Vorgaben aus den jeweiligen Satzungen bzw. Richtlinien der Drei-Stufen-Test prozedural wie inhaltlich skizziert.

Bevor das Testverfahren aufgenommen wird, ist zunächst festzustellen, ob das konkrete Vorhaben der Rundfunkanstalt eines Durchlaufens bedarf. Dies ist grundsätzlich dann der Fall, sofern die inhaltliche Gesamtausrichtung des Telemedienangebots oder die durch das Angebot angestrebte Zielgruppe verändert wird (§ 32 Abs. 3 S. 2 MStV).³⁴ Liegt eine solche Überprüfungspflicht vor, wird ein positiv abgeschlossenes Testverfahren für die Abweichungen von bevor veröffentlichten Telemedienkonzepten also erforderlich (§ 32 Abs. 3 S. 3 MStV). Auf Basis des dafür zu erstellenden Telemedienkonzepts hat die Rundfunkanstalt gegenüber ihrem zuständigen Gremium, welches in der Regel der Rundfunkrat ist, darzulegen, dass das geplante, neue Telemedienangebot oder die wesentliche Änderung vom Auftrag umfasst ist (§ 32 Abs. 4 S. 1 MStV). Um dies bestimmen zu können, sind in Telemedienkonzept neben den anzugebenden Kategorien der Zielgruppe des Telemediums, seines Inhalts, der Ausrichtung, Verweildauer und der Verwendung internetspezifischer Mittel sowie der Maßnahmen zur Vermeidung einer Presseähnlichkeit als Zielbereiche anzugeben (§ 32 Abs. 1 S. 1 MStV). Anhand dieser Zielbereiche sind Aussagen darüber zu treffen, inwieweit das neue Telemedienangebot oder die wesentliche Änderung den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entspricht (§ 32 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 MStV), in welchem Umfang durch das neue Telemedienangebot oder die wesentliche Änderung in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beigetragen wird (§ 32 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 MStV) und welcher finanzielle Aufwand für das neue Telemedienangebot oder die wesentliche Änderung erforderlich ist (§ 32 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 MStV). Durch die Ermittlung dieser Vorgaben, also der drei Stufen, soll identifiziert werden, ob das neue Telemedienangebot oder die wesentliche Änderung grundsätzlich dem Programmauftrag entspricht und darüber hinaus auch den publizistischen Wettbewerb nicht in einem wettbewerbswidrigen Maße belastet. Diese Ermittlung soll nicht im Kreis der jeweiligen Rundfunkanstalt erfolgen, sondern darüber hinaus (interessierte) Dritte einbeziehen. So ist das Telemedienkonzept einer breiteren Öffentlichkeit, insbesondere

³⁴ In den ergänzenden Richtlinien oder Satzungen der jeweiligen Rundfunkanstalt sind Negativlisten vorhanden, durch welche exemplarisch dargelegt wird, welche Telemedien normalerweise nicht unter den öffentlich-rechtlichen Auftrag fallen. Die Formulierung solcher Regelbeispiele ist ebenfalls Folge des Beihilfekompromisses (Beihilfekompromiss Rn. 364).



im Internet, für mindestens sechs Wochen zugänglich zu machen (§ 32 Abs. 5 S. 1 MStV). Ergänzend zu diesen Stellungnahmen hat die federführende Landesrundfunkanstalt zu den Auswirkungen auf allen relevanten Märkten eine gutachterliche Beratung hinzuzuziehen (§ 32 Abs. 5 S. 3 2. HS MStV); es besteht darüber hinaus die Möglichkeit, diese um weitere gutachterliche Beratungen durch unabhängige Sachverständige zu ergänzen (§ 32 Abs. 5 S. 3 1. HS MStV). Auch steht es dem Gutachter, dessen Name anzugeben ist (§ 32 Abs. 5 S. 4 MStV) offen, weitere Stellungnahmen und Auskünfte, die ihm unmittelbar übersandt werden, einzuholen (§ 32 Abs. 5 S. 5 MStV).

Ob das Telemedium schließlich in den Angebotskanon aufgenommen wird, wird auf Basis der ermittelten Inhalte durch eine Mehrheit des zuständigen Gremiums entschieden (zwei Drittel der anwesenden Mitglieder) des zuständigen Gremiums (§ 32 Abs. 6 S. 1 MStV). Die getroffene Entscheidung ist dabei unter Darlegung der Auftragsentsprechung des geplanten Angebots zu begründen (§ 32 Abs. 6 S. 2, 3 MStV). Das Ergebnis der Prüfung ist einschließlich der eingeholten Gutachten und der Veröffentlichung des Vorhabens sodann bekannt zu machen (§ 32 Abs. 6 S. 4 MStV). Dieses Ergebnis sowie ergänzende Materialien sind schließlich der für die Rechtsaufsicht zuständige Behörde zu übermitteln, die nach einer ihrerseits erfolgten Prüfung die Beschreibung des für zulässig erklärten Telemedienangebots im Internetauftritt der in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, des ZDF oder Deutschlandradios veröffentlicht. Ergänzend ist in den Amtsblättern der betroffenen Länder auf die Veröffentlichung im Internetauftritt der jeweiligen Rundfunkanstalt hinzuweisen (§ 32 Abs. 7 MStV).

Einer der Konkretisierungsbereiche, die die Rundfunkanstalten in den für diese ex-ante Überprüfung bereitzustellenden Telemedienkonzepten auszuweisen haben, sind die bereits angesprochenen „internetspezifische Gestaltungsmittel“ (§ 32 Abs. 1 S. 1 MStV). Nach der Gesetzesbegründung soll mit diesem Begriff zum Ausdruck gebracht werden, „dass die öffentlich-rechtlichen Telemedienangebote dynamisch an die technische Entwicklung im Internet angepasst werden können und sollen. In Betracht kommt eine Vielzahl spezifischer Darstellungsformen, wie z. B. multimediale Darstellung, Unterstützungen durch Suchvorschläge, Verlinkungen, Live-Aktualisierung, Animation, Individualisierungen und Personalisierungen, zeitsouveräne Nutzung von Medieninhalten und andere Möglichkeiten der Video- und Audionutzung, Audiodeskription, Untertitelung oder interaktive Elemente“. Der in der Begründung zum Ausdruck gebrachte gesetzgeberische Wille knüpft dabei insofern erstmals an Aspekte des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in seiner Gestalt als Telemedium an, die solche der Inhalteaggregation, -Selektion und -Priorisierung sind. Es wird insofern ein Bezug zu den softwarebasierten Ordnungslogiken von Telemedien genommen.

Obwohl ein solcher Bezug also grundsätzlich innerhalb des gesetzgeberischen Willens zu vermerken ist, ist darauf hinzuweisen, dass die Qualität der einfachgesetzlichen Verknüpfung hinter den aufgezeigten verfassungsgerichtlichen Anforderungen zurückbleibt. Der Wortlaut des § 32 Abs. 1 S. 1 MStV ist nämlich darauf begrenzt, dass innerhalb der für die ex-ante Überprüfung zu erstellenden Telemedienkonzepte die Kategorie jener internetspezifischen Gestaltungsmittel auf den Inhalt des neuen oder wesentlich veränderten Telemedienangebots zu beziehen ist („Die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF und das Deutschlandradio



konkretisieren die *inhaltliche Ausrichtung* ihrer geplanten Telemedienangebote nach § 30 jeweils in Telemedienkonzepten, die Zielgruppe, Inhalt, Ausrichtung, Verweildauer, die Verwendung internetspezifischer Gestaltungsmittel sowie Maßnahmen zur Einhaltung des § 30 Abs. 7 S. 1 näher beschreiben.“). Die anhand der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vorgenommene Verfassungsauslegung gibt jedoch vor, dass es für die Erreichung des Normziels der Rundfunkfreiheit, nämlich die Gewährleistung von Vielfalt im kommunikativen Prozess, nicht mehr nur auf die öffentlich-rechtlich hergestellten wie verbreiteten *Inhalte*, sondern auf den gesamten Prozess der Inhalteproduktion, -distribution, -selektion und -vermittlung inklusive der dafür genutzten technisch-inhaltlich strukturierenden *Software* ankommt (s. oben Kap. 3.1.3). Die Abbildung dieser normativen Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts in der durch den Gesetzgeber auszugestaltenden positiven Rundfunkordnung ist erheblich, denn diese bildet ihrerseits den Ordnungsrahmen für die aufgezeigte Auftragskonkretisierung durch die jeweilige Rundfunkanstalt. Bleibt der Gesetzgeber also hinter den verfassungsgerichtlichen Anforderungen im Wortlaut zurück, ergibt sich hieraus eine mögliche Folgeproblematik. Diese kann beispielsweise darin liegen, dass aufgrund des Unterbleibens einer hinreichend klaren Regelung nicht allen Rundfunkanstalten die Implikationen von für die Inhaltselektion wie -Vermittlung zur Erreichung des übergeordneten Normziels der Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG bewusst sind, obschon sie alleinig im Dienst jener Vielfaltsgewährleistung mit ihrem gesamten Wirken stehen. Eine ausschließlich auf Basis des Wortlauts erfolgende Auslegung des § 32 Abs. 1 S. 1 MStV lässt jedoch zu, die Tragweite der Vorschrift, bezogen auf internetspezifische Gestaltungsmittel im Verständnis der softwarespezifischen Anforderungen misszuverstehen. Es tritt nicht deutlich genug zu Tage, dass hiermit obligatorisch auch Softwarebelange gemeint sind, und nicht etwa lediglich durch die Verbreitungstechnologie des Internets generierte besondere Darstellungsoptionen oder die ermöglichte Verknüpfung unterschiedlicher Mediengattungen. Auch aus der Rückbindung an den gesetzgeberischen Willen geht lediglich eine fakultative Bezugnahme auf eine solche Software („z. B. multimediale Darstellung, *Unterstützungen durch Suchvorschläge*, Verlinkungen, Live-Aktualisierung, Animation, *Individualisierungen und Personalisierungen*, zeitsouveräne Nutzung von Medieninhalten und andere Möglichkeiten der Video- und Audionutzung, Audio-deskription, Untertitelung oder interaktive Elemente“).

Dementsprechend ist es kohärent, für die Abbildung des normativen Anforderungskanons des Bundesverfassungsgerichts eine verfassungskonforme Auslegung des § 32 Abs. 1 S. 1 MStV, jedenfalls bezogen auf die internetspezifischen Gestaltungsmittel, zu fordern, die die Ausweisung der für die Inhaltselektion und -Vermittlung fungierende Software sowie ihre Auswirkungen gemessen am Zielmaßstab der Auftragserfüllung obligatorisch werden lässt. Dabei ist insbesondere auf die der softwarebasierten Ordnungslogik Bezug zu nehmen, denn durch sie wird der als Ziel definierte kommunikative Prozess tangiert. Sie ist so auszurichten, dass sie in der Lage ist, das Ziel der Vielfaltsgewährleistung bestmöglich zu fördern. Sie kann in Abgrenzung zu den marktwirtschaftlich getriebenen Selektionslogiken kommerzieller Inhalteplattformen anhand der gemeinwohlorientierten Verpflichtung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks folgend ausgerichtet werden.



Zusammengenommen ergibt sich aus den bisherigen Untersuchungen eine Reihe von auftragsbezogenen Anforderungen, die im folgenden überblicksartig dargestellt sind (Tab. 1, Tab. 2).

Tab. 1: Anforderungen aus gesetzlichen Programmaufträgen an die Erbringung öffentlich-rechtlicher telemedialer Angebote

Allgemeiner Programmauftrag (§ 26 Abs. 1, 2 MStV)
<ul style="list-style-type: none"> – Wirken als Medium und Faktor des Prozesses freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung – Gesellschaftsbezug: Erfüllung der demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft – Vielfaltsgebot: Anbieten eines umfassenden Überblicks über das internationale, europäische, nationale und regionale Geschehen in allen wesentlichen Lebensbereichen – Integrationsauftrag: Förderung der internationalen Verständigung, der europäischen Integration und des gesellschaftlichen Zusammenhalts in Bund und Ländern – Bildungsauftrag – Informationsauftrag – Beratungsauftrag – Kulturauftrag – Unterhaltungsauftrag – Objektivitätsgebot: Beachtung der Grundsätze der Objektivität und Unparteilichkeit der Berichterstattung, der Meinungsvielfalt sowie der Ausgewogenheit ihrer Angebote
Telemedienspezifischer Programmauftrag (§ 30 MStV)
<p>Angebotsfokus (Abs. 2):</p> <ul style="list-style-type: none"> – Fokus auf audiovisuelle Inhalte (Sendungen ihrer Programme vor und nach deren Ausstrahlung, eigenständige audiovisuelle Inhalte, zeit- und kulturgeschichtliche Archive mit informierenden, bildenden und kulturellen Telemedien) <p>Telemedialer Funktionsauftrag (Abs. 3):</p> <ul style="list-style-type: none"> – zeitgemäße Gestaltung – Ermöglichung der Teilhabe an der Informationsgesellschaft für alle Bevölkerungsgruppen – Orientierungshilfe – Möglichkeiten der interaktiven Kommunikation – Förderung der technischen und inhaltlichen Medienkompetenz aller Generationen und von Minderheiten – Berücksichtigung der Belange von Menschen mit Behinderungen (insb. Audiodeskription, Bereitstellung von Manuskripten, Telemedien in leichter Sprache) <p>Portalanforderungen (Abs. 4):</p> <ul style="list-style-type: none"> – möglichst barrierefrei zugänglich – Zusammenfassung unter elektronischen Programmführern – Vernetzung mit Telemedien anderer öffentlich-rechtlicher Anbieter, insbesondere durch Verlinkung – Verlinkung von Inhalten von Einrichtungen der Wissenschaft und Kultur, soweit sie aus journalistisch-redaktionellen Gründen für die Telemedienangebote geeignet sind



Neben den programmbeauftragten, positiven Vorgaben für telemediale Angebote öffentlich-rechtlicher Anbieter sieht der Medienstaatsvertrag auch ausdrückliche Begrenzungen für diese Angebotsformen vor.

Tab. 2 Gesetzliche Begrenzungen der telemedialen Angebotserbringung

Unzulässige Telemedienangebote (§ 30 Abs. 5)
<ul style="list-style-type: none">– Werbung (Ausnahme: Produktplatzierungen)– flächendeckende lokale Berichterstattung– in der Anlage aufgeführte Angebotsformen (u.a. Kleinanzeigen, Branchenverzeichnisse, Preisvergleichsrubriken, Versicherungsrechner, Bewertungsangebote für Dienstleistungen, Einrichtungen und Produkte, Partner-, Kontakt-, Stellen- und Tauschbörsen, Ratgeberrubriken ohne Bezug zu Sendungen, Business-Networks, Telekommunikationsdienstleistungen (z. B. Messaging), Wetten, Softwareangebote, Routenplaner, Verlinkungen ohne redaktionelle Prüfung und Verlinkungen, die unmittelbar zu Kaufaufforderungen führen (Ausnahme: audiovisuelle Inhalte kommerzieller Tochtergesellschaften), Musik-, Foto oder Spieledownloads, Eventkalender, Foren und Chats ohne Bezug zu Sendungen und redaktionelle Begleitung (Ausnahmen: Foren und Chats unter Programm- oder Sendermarken)
Begrenzte Einstelldauer („Depublizierungspflicht“)(§ 30 Abs. 2 Nr. 2, 3 MStV)
<ul style="list-style-type: none">– Maximal 30 Tage nach Ausstrahlung: Sendungen ihrer Programme auf Abruf von europäischen Werken angekaufter Spielfilme und angekaufter Folgen von Fernsehserien (Ausnahme: Auftragsproduktionen) sind, bis zu dreißig Tage nach deren Ausstrahlung– Maximal 7 Tage nach Ausstrahlung: Sendungen ihrer Programme auf Abruf von Großereignissen gemäß § 13 Abs. 2 sowie von Spielen der 1. und 2. Fußball-Bundesliga
Geografische Beschränkung des Abrufs (§ 30 Abs. 2 Nr. 3 MStV)
<ul style="list-style-type: none">– Abruf von Sendungen von europäischen Werken angekaufter Spielfilme und angekaufter Folgen von Fernsehserien ist auf Deutschland zu beschränken ist
Werbeverbot (§ 30 Abs. 6 S. 2 MStV)
<ul style="list-style-type: none">– keine Einnahmen durch Werbung oder Sponsoring
Verbot presseähnlicher Angebote (§ 30 Abs. 7 MStV)
<ul style="list-style-type: none">– Telemedienangebote dürfen nicht presseähnlich sein– Schwerpunkt: Bewegtbild oder Ton, Text darf nicht im Vordergrund stehen (Ausnahme: Angebotsübersichten, Schlagzeilen, Sendungstranskripte, Informationen über die jeweilige Rundfunkanstalt und Maßnahmen zum Zweck der Barrierefreiheit)

Aus der Gesamtschau der positiven wie der negativen Vorgaben des Medienstaatsvertrags ergeben sich so spezifische Leitplanken für die Erbringung öffentlich-rechtlicher Telemedienangebote, die (ggf. auch) bei der Übersetzung in Software-Funktionen zu beachten sind (s. unten Kap. 4).



3.3. Selbstkonkretisierungen durch die Rundfunkanstalten

Die Rundfunkanstalten der Länder, das ZDF und Deutschlandradio konkretisieren den Rundfunkauftrag sowie die Unteraufträge in den eben beschriebenen, ihnen übertragenen Möglichkeiten und Verfahren selbst. Dabei trifft sie wie gezeigt auch die Verpflichtung, den geplanten Einsatz internetspezifischer Gestaltungsmittel auszuweisen. Seit dieser Neuerung durch den 22. Rundfunkänderungsstaatsvertrags von 2019 ist erst ein Telemedienkonzept (ZDF) vorgelegt worden, welches dieser Verpflichtung dezidiert nachzukommen hatte. Dennoch tritt in der Analyse weiterer, bereits zuvor vorgelegter Telemedienkonzepte zu Tage, dass auch andere Rundfunkanstalten bei den von ihnen vorgenommenen Selbstkonkretisierungen in verschiedenen Graduierungen eigenständig Augenmerk auf die Möglichkeiten etwa der Personalisierung sowie des Einsatzes von Content-Management und Recommender-Systemen als Formen internetspezifischer Gestaltungsmittel gelegt hatten. Dabei ist auffällig, dass einige Rundfunkanstalten den spezifischen Technikeinsatz innerhalb der nicht-linearen Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks bereits mit Implikationen für die Erfüllung des Rundfunkauftrags verknüpfen.³⁵ In der Gesamtschau der derzeit vorliegenden Telemedienkonzepte ergibt sich jedoch bislang kein einheitliches Bild mit Blick auf die ausdrücklich aufgeführten einzelnen Technikelemente sowie die vorgenommene Tiefe ihrer Verknüpfung mit der Auftragserfüllung. Es lassen sich jedoch im Wesentlichen kongruente Elemente identifizieren, die im Folgenden skizziert werden.

Eine Vielzahl an Landesrundfunkanstalten nennt Personalisierung als ein Mittel einer technikerstützten Inhaltevermittlung, welches das Potenzial der Nicht-Linearität öffentlich-rechtlicher Telemedien besonders auszuschöpfen vermag. Personalisierung wird dabei jedoch in zwei voneinander abweichenden Weisen gelesen: Zum einen wird sie als Möglichkeit der aktiven Anpassung des Medienangebots durch die Nutzenden angesehen. Diese legen in dieser Perspektive auf Personalisierung aktiv eigene inhaltliche Präferenzen selbst fest. Dies erfolgt beispielsweise durch die Erstellung eines mit einem Login versehenen Account oder Profil, bei dessen Verwendung die jeweilige Person ihre Präferenzen speichern kann. Künftig werden dann unter anderem solche Inhalte priorisiert, die diesen Angaben entsprechen (bspw. BR 2010: 13 f.; HR 2010: 19, 24; SR 2010: 51; WDR 2010: 13). Zum anderen wird Personalisierung so verstanden, dass im Ergebnis ebenfalls basierend auf den Nutzendeninteressen Medienangebote in ihrer telemedialen Erscheinung priorisiert und individualisiert den entsprechenden Personen angezeigt werden. Die Priorisierung von Inhalten erfolgt dabei auch anhand von Daten, jedoch solchen, die automatisiert im Rahmen der Nutzung erhoben und nicht durch die Nutzenden selbst angegeben werden. Auf Basis dieser Nutzungsdaten wird unter Einsatz verschiedener Algorithmen automatisiert die Inhalte-Kuratierung für die einzelne Person vorgenommen (bspw. ZDF 2019: 17 f.). In einigen Telemedienkonzepten werden diese beiden Personalisierungsansätze miteinander kombiniert

³⁵ Spannend ist dabei, dass alle dieser Telemedienkonzepte dem obig herangezogenen Urteil des BVerfG zeitlich vorgegangen sind. Dieser Umstand erlaubt den Schluss, dass jedenfalls einige Landesrundfunkanstalten bereits vor der Zuschreibung der normativen Relevanz einer solchen technikbasierten Inhaltekuratierung einerseits ihr Potenzial für die Auftragserfüllung, andererseits die daraus möglicherweise erwachsenden Schwierigkeiten als Folge einer Hyperpersonalisierung erkannt hatten.



(bspw. MDR 2016: 14 ff., KiKA 2016: 38). Dabei beschreibt beispielsweise der MDR in seinen Telemedienkonzepten (MDR und KiKA) bereits das Potenzial und die Herausforderungen einer solchen automatisierten Personalisierung der Inhalte-Kuratierung: Es geht nämlich um eine so erzielte bestmögliche Vermittlung redaktioneller Inhalte. Welche Inhalte überhaupt Gegenstand einer Personalisierung sind, ist der Redaktion als Vorentscheidung, die unter Wahrung öffentlich-rechtlicher Qualitätsstandards getroffen wird, vorbehalten. Dabei soll „durch die Auswahl der den Nutzern zur Verfügung gestellten Inhalte (...) dem Risiko einer Fragmentierung und Desintegration der Gesellschaft, das mit einer individualisierten Mediennutzung verbunden werden kann, entgegengewirkt“ (MDR 2016: 14 f.). Weiterhin wird angeführt, dass „in den personalisierten Streams solche Inhalte aufgenommen werden die in besonderer Weise dem öffentlich-rechtlichen Auftrag entsprechen“ (ebd.). Dies sei geboten, soweit dadurch „ungeachtet der jeweiligen persönlichen Präferenzen alle personalisierten Streams eines bestimmten Angebots ein gewisses Maß an übereinstimmenden Inhalten aufweisen“ (ebd.). Das ZDF verweist in seinem jüngsten Telemedienkonzept explizit auf die verschiedenen Unteraufträge, die auch online zur Erfüllung stehen und zeigt darüber hinaus auf, dass (a) algorithmisierte Personalisierungen transparent zu erfolgen haben und (b) die Möglichkeit existieren muss, das Telemedium auch in nicht-personalisierter Form zu nutzen (ZDF 2019: 17). Auch wird innerhalb dieser Beschreibung inzident auf die Wirkungsannahmen, die dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk gesetzlich zugeschrieben werden, verwiesen. Hier spiegelt sich die Auffassung wider, dass die Erzielung der Wirkungen auch technikvermittelt ist. Daneben führt das ZDF an, dass jegliche algorithmischen Empfehlungssysteme unter Beachtung der Persönlichkeitsrechte und des Datenschutzes angeboten werden müssen. Dies verdeutlicht, dass sich die Herausforderungen der Onlinetätigkeiten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks keineswegs auf seine neue Form dieser technikenunterstützten Auftragswahrnehmung begrenzen, sondern auch andere Rechtsgüter entsprechende Berücksichtigung finden müssen (s. unten Kap. 3.4). Andere Telemedienkonzepte, wie etwa beim Bayerischen Rundfunk, weisen insbesondere auf eine kontextsensitive Vernetzung ihrer Inhalte hin, die ebenfalls für spezifische Filterlogiken fruchtbar gemacht werden kann (bspw. BR 2010: S. 14). Einige Rundfunkanstalten gehen darüber hinaus auch auf den Einsatz von Content-Management-Systemen innerhalb ihrer Telemedienangebote ein (bspw. Radio Bremen 2010: 32).

In der Gesamtschau wird ersichtlich, dass bereits vor der gesetzlichen Verpflichtung zur Ausweisung internetspezifischer Gestaltungsmittel einigen Rundfunkanstalten das Potenzial und die Relevanz der Verknüpfung von Selektionstechnologien mit dem ihnen zukommenden öffentlich-rechtlichen Auftrag bewusst gewesen ist – und im Rahmen des Verfahrens zur Erstellung von Telemedienkonzepten wie deren Umsetzung als funktionsbezogener Belang gesehen wurde. Bemerkenswert ist, dass ein Gros der zwischenzeitlich durch das Bundesverfassungsgericht angestellten Erwägungen des Einflusses von kommerziellen Logiken folgenden Filtermechanismen wie der Erhebung von Nutzungsdaten bereits ganz praktisch in die Arbeit der Rundfunkanstalten eingegangen ist. So grenzt der MDR bereits 2016 seine zum Zwecke der Personalisierung vorgenommene Datenerhebung explizit von solchen ab, die kommerziell verwertbar gemacht werden: „Anders als bei kommerziellen Geschäftsmodellen spielt die Gewinnung möglichst vieler Nutzerdaten, die sich wirtschaftlich verwerten lassen, bei den personalisierten Telemedienangeboten



keine Rolle“ (S.15). An solchen Beispielen wird ersichtlich, wie die Teile der Rundfunkanstalten den Schritt, der erst später von Gesetzgeber und Rechtsprechung nachgezeichnet wurde, vorausgegangen sind. Der allgemeine Programmauftrag wurde in diesen Konzepten bereits nicht mehr ausschließlich auf Inhalte bezogen, sondern determinierte auch die reflexiven Überlegungen zum Technikeinsatz. Wie dieser Technikeinsatz jedoch bestmöglich und konkret den Rundfunkauftrag unterstützen kann, bleibt dabei (noch) offen.

3.4. Weitere allgemeine gesetzliche Vorgaben für Telemedien

Neben den speziell für öffentlich-rechtliche Telemedienangebote geltenden Regeln stehen die allgemeinen gesetzlichen Vorgaben für Telemedienangebote. Dazu gehören insbesondere die Vorschriften des Medien(ordnungs)rechts, des Telemedienrechts, des Jugendmedienschutzes, des Datenschutzrechts und des Urheberrechts. Als allgemeine Vorgaben finden die Bestimmungen auch auf öffentlich-rechtlich erbrachte Telemedienangebote Anwendung und müssen ggf. im Rahmen der Gestaltung von Software für Medienplattformen berücksichtigt werden. Diese Vorschriften werden im Folgenden überblicksartig dargestellt, Kapitel 4 verfolgt dann die Frage der Anwendbarkeit dieser Vorschriften auf Software und damit deren Relevanz als Software Requirements.

3.4.1. Vorgaben aus dem Medienstaatsvertrag

Der Medienstaatsvertrag enthält allgemeine Vorgaben für Rundfunk und Telemedien, die entsprechend auch für öffentlich-rechtliche Telemedienangebote gelten. Zentrale, vor allem inhaltsbezogene Vorgaben ergeben sich aus den allgemeinen Angebotsanforderungen an Telemedien aus § 17 MStV, wonach für die Angebote die verfassungsmäßige Ordnung gilt und die Vorschriften der allgemeinen Gesetze und die gesetzlichen Bestimmungen zum Ehrschutz einzuhalten sind. § 19 MStV statuiert allgemeine Sorgfaltspflichten für journalistisch-redaktionelle Telemedien, nach denen sie den anerkannten journalistischen Grundsätzen zu entsprechen haben. Insbesondere sind Nachrichten vor ihrer Verbreitung auf Inhalt, Herkunft und Wahrheit zu prüfen. Daneben gelten die werberechtlichen Anforderungen aus § 22 MStV mit Vorgaben zu Werbung, Sponsoring und Gewinnspielen.

Für journalistische Telemedienangebote sieht § 23 MStV medienbezogene Datenschutzprivilegien vor: Die Verarbeitung personenbezogener Daten zu journalistischen Zwecken unterliegt deutlich weniger restriktiven Anforderungen als die Nutzung von Daten zu anderen Zwecken. Relevant ist hier die Abgrenzung der Verarbeitung „zu journalistischen Zwecken“ vor allem bei der Frage, ob die Verarbeitung von Nutzendendaten beim Anbieten etwa von personalisierten Angeboten zu dem privilegierten Bereich gehört. Hier wird davon ausgegangen, dass die Auswertung des Nutzerverhaltens zur Verbesserung der dargebotenen oder empfohlenen Einzelinhalte eines Angebots nicht journalistisch-redaktionell veranlasst ist, da sich der journalistische Zweck vor allem auf die Erstellung journalistischer Aussagen bezieht, nicht auf die Angebotsoptimierung gegenüber einzelnen Nutzenden (vgl. Eskens 2019). Für die Datenverarbeitung von Nutzendendaten gelten insoweit die allgemeinen datenschutzrechtlichen Bestimmungen (s. dazu unten Kap.



3.4.4). Mit dem Angebot eigener journalistischer Inhalte einher geht auch die Pflicht aus § 20 MStV zur Aufnahme von berechtigten Gegendarstellungen in das eigene Angebot. Dabei sind die Gegendarstellungen ohne Einschaltungen und Weglassungen in gleicher Aufmachung und für die gleiche Dauer wie die ursprüngliche Tatsachenbehauptung vorzuhalten und mit ihr unmittelbar zu verknüpfen.

Daneben bestehen für Telemedianangebote Informationspflichten (§ 18 MStV), wonach nicht rein privat agierende Anbieter den Namen und die Anschrift leicht erkenn- und erreichbar anzugeben haben. Für journalistisch-redaktionelle Telemedien gilt darüber hinaus, dass ein Anbieter einen Verantwortlichen mit Angabe des Namens und der Anschrift zu benennen hat, wobei an den Verantwortlichen persönliche Anforderungen gestellt werden (u.a. ständiger Aufenthalt im Inland, unbeschränkte Geschäftsfähigkeit, unbeschränkt strafrechtliche Verfolgbarkeit). Eine neue Vorgabe zu automatisierten Kommunikationen enthält § 18 MStV: Danach sind Telemedienanbieter „in sozialen Netzwerken“ verpflichtet, durch Software erstellte oder publizierte Inhalte als solche kenntlich zu machen, wenn das Profil dies nicht bereits deutlich herausstellt. Die Vorschrift betrifft Erscheinungsformen von (Social) Bots, die vorgefertigte, halb-automatische oder automatisch erstellte Äußerungen veröffentlichen oder Inhalte Dritter automatisiert versenden; wenn der Umstand der Automatisierung nicht bereits durch die Gestaltung des Nutzerprofils deutlich wird, ist die Tatsache der Automatisierung der Inhalt oder der Mitteilung „gut lesbar bei- oder voranzustellen“.

Mit Blick auf die Barrierefreiheit sieht § 21 MStV vor, dass Anbieter den barrierefreien Zugang zu Fernsehprogrammen und fernsehhähnlichen Telemedien unterstützen sollen. Die im MStV 2021 erstmals enthaltenen Vorgaben für Medienplattformen und Medienintermediäre gelten im Übrigen nicht für Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.³⁶

3.4.2. Vorgaben des Telemediengesetzes

Parallel zum MStV finden auch die Vorgaben des Telemediengesetzes (TMG) Anwendung auf telemediale Angebote öffentlich-rechtlicher Anbieter. Dies betrifft in erster Linie die (parallel zu § 18 MStV) allgemeinen Impressumspflichten des § 5 TMG, wonach Anbieter u.a. Namen und Anschrift, Rechtsform, vertretungsberechtigte Personen, Angaben zur schnellen elektronischen Kontaktaufnahme und zur unmittelbaren Kommunikation mit ihnen, sowie bei audiovisuellen Mediendiensteanbietern die Angabe des Mitgliedstaats, in dem der Anbieter seinen Sitz hat sowie die zuständigen Regulierungs- und Aufsichtsstellen zu nennen hat. Darüber hinaus gelten – wiederum parallel zu § 22 MStV die Vorgaben für kommerzielle Kommunikationen in Telemedien nach § 6 TMG. Zentrale Vorschriften im TMG betreffen die Fragen der Haftung (§§ 7-10 TMG); hier praxisrelevant kann vor allem § 10 Abs. 1 TMG werden, wonach Diensteanbieter für fremde Informationen erst haften, wenn sie Kenntnis von einer rechtswidrigen Handlung haben und nicht unverzüglich tätig werden. Damit wird die Norm unmittelbar relevant, wenn ein Telemedienanbieter

³⁶ Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 14 b) MStV sind telemediale Plattformen von öffentlich-rechtlichen oder privaten Rundfunkanbietern vom Begriff der Medienplattform ausgenommen. Sie stellen außerdem keine Medienintermediäre im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 16 MStV, da sie in der Regel eigene journalistisch-redaktionelle Angebote zugänglich machen und nicht die Inhalte Dritter aggregieren.



den Nutzenden ermöglicht, Inhalte (z. B. Kommentare, Useruploads, öffentlich einsehbare Profilinformationen) selbst einzustellen. Besteht ein Angebot (hauptsächlich) darin, Nutzenden das Hochladen audiovisuellen Materials anzubieten, für die der Anbieter keine redaktionelle Verantwortung trägt, kommen zudem die Vorgaben aus §§ 10 a bis c TMG zur Anwendung; danach müssen Anbieter von Video-Sharing-Plattformen u.a. Verfahren zur Meldung und zur Abhilfe von Nutzerbeschwerden vorhalten.

Die im TMG enthaltenen Datenschutzvorgaben treffen nach h.M. auf den Anwendungsvorrang der DSGVO seit deren Einführung, so dass diese Vorgaben keine Anwendung mehr finden (zu den datenschutzrechtlichen Anforderungen s. unten Kap. 3.4.4).³⁷

3.4.3. Jugendmedienschutzrechtliche Vorgaben

Für Telemedien gelten auch die Vorgaben des Jugendmedienschutzes aus dem Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV) und dem Jugendschutzgesetz (JuSchG). Anbieter von Telemedien haben insbesondere darauf zu achten, dass keine absolut unzulässigen Inhalte gem. § 4 Abs. 1 JMStV angeboten werden und dass relativ unzulässige Inhalte gem. § 4 Abs. 2 JMStV nur altersverifizierten Erwachsenen im Rahmen geschlossener Benutzergruppen zugänglich gemacht werden. Den Zugang von Kindern und Jugendlichen zu entwicklungsbeeinträchtigenden Darstellungen, die für ihre Altersgruppe unangemessen sind, müssen Anbieter mit Hilfe von Abrufzeitbeschränkungen oder technischen Mitteln erschweren (§ 5 Abs. 3 JMStV), etwa durch plausible Altersüberprüfungen, das technische Auszeichnen für anerkannte, nutzerseitige Jugendschutzprogramme oder das Vorhalten eines anerkannten Jugendschutzprogramms für das eigene geschlossene System (§ 11 Abs. 1, 2 JMStV). Video-Sharing-Dienste haben darüber hinaus „angemessene“ Maßnahmen zu treffen, um Minderjährige vor dem Inkontaktkommen mit nicht altersgerechten Inhalten zu schützen, etwa durch Altersverifikationsroutinen oder das Anbieten von Parental Control-Funktionen (§ 5a JMStV). Sie haben daneben Systeme zur uploadereigenen (Alters-)Bewertung vorzuhalten und diese Angaben technisch auslesbar zu machen. Für Telemedien gelten im Übrigen die jugendschutzrechtlichen Vorgaben für werbliche Inhalte nach § 6 JMStV. Wenn ein Angebot entwicklungsbeeinträchtigende Inhalte enthält, hat der Anbieter zudem einen Jugendschutzbeauftragten nach § 7 JMStV zu bestellen.

Das seit dem 01.05.2021 geltende modernisierte JuSchG sieht darüber hinaus eine Pflicht zur Alterskennzeichnung aller angebotenen Inhalte auf Film- und Spielplattformen vor (§ 14a Abs. 1 JuSchG). Für öffentlich-rechtliche Telemedien stellt sich hier die Frage, inwieweit diese unter diese Pflicht nach § 14a JuSchG fallen, da sie – anders als von der Legaldefinition gefordert – ihre Inhalte in Mediatheken nicht „mit Gewinnerzielungsabsicht“ vorhalten. Die sich daraus ergebende Frage, inwieweit die Gewinnorientierung einer Plattform Aussagen über jugendschutzrechtliche Risiken zulässt, soll aus Perspektive des verfassungsrechtlichen Jugendschutzauftrags an dieser Stelle dahingestellt bleiben. Hier wird davon ausgegangen, dass jedenfalls öffentlich-rechtliche Angebote angesichts ihrer im Telemedienbereich faktisch ausschließlichen Beitragsfinanzierung dem Wortlaut nach nicht unter die Kennzeichnungspflicht des § 14a Abs. 1 JuSchG fallen.

³⁷ Strittig, vgl. Gierschmann 2018.



Wenn sie unter die Vorschrift fielen, müssten sie entwicklungsbeeinträchtigende Inhalte mit Alterskennzeichen versehen. Bei den Altersbewertungen sollen die internen Altersfreigaben der öffentlich-rechtlichen Anbieter in der Regel ausreichen, da diese den Ergebnissen klassischer Altersfreigabeverfahren im JuSchG gleichgestellt werden sollen (§ 14 Abs. 6a JuSchG), „sofern dies mit der Spruchpraxis der obersten Landesbehörden nicht unvereinbar ist“. Voraussetzung dafür ist aber zunächst die Aufnahme einer entsprechenden Klausel in die gemeinsame Vereinbarung nach § 14 Abs. 6 JuSchG.

Aus § 24a JuSchG folgen für Angebote mit mehr als einer Million Nutzer*innen, die nutzergenerierte Inhalte zugänglich machen, Pflichten zur Einführung und zum Vorhalten von „angemessenen und wirksamen strukturellen Vorsorgemaßnahmen“, mit der sie dafür Sorge tragen, dass die jugendmedienschutzrechtlichen Schutzziele des § 10a Nummer 1 bis 3 gewahrt werden, d. h. dass insbesondere Entwicklungsrisiken wegen unzulässiger oder altersunangemessener Inhalte und Gefahren für die persönliche Integrität aufgrund von Interaktionsrisiken minimiert werden. Konkrete verpflichtende Vorgaben sieht § 24a Abs. 1 nicht vor, aber Abs. 2 zählt als Beispiele für Vorsorgemaßnahmen u.a. nutzerseitige Melde- und Blockiermöglichkeiten, Altersüberprüfungen, Parental-Control-Funktionen und kindgerechte Voreinstellungen auf.

3.4.4. Datenschutzrechtliche Bestimmungen

Die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) als EU-weiter einheitlicher Rechtsrahmen sieht eine ganze Reihe von Prinzipien, Anforderungen und Pflichten auch für Telemedienanbieter vor, die hier nur überblicksartig angeschnitten werden können. Jede Stelle, die personenbezogene Daten nicht ausschließlich privat verarbeitet, unterliegt den Vorgaben der DSGVO. Für journalistische Zwecke sieht die DSGVO in Art. 85 weitreichende Ausnahmen von den Datenschutzvorschriften vor, soweit die EU-Mitgliedstaaten von dieser Öffnungsklausel Gebrauch gemacht haben. Für die Verarbeitung personenbezogener Daten zu journalistischen Zwecken gelten in Deutschland insoweit die den Art. 85 DSGVO konkretisierenden rechtlichen Vorgaben zu Datenverarbeitungen zu journalistischen Zwecken, die sich im § 23 MStV, aber auch in Landesdatenschutz, und Landesmediengesetzen finden.

Werden personenbezogene Daten zu nicht-journalistischen Zwecken verarbeitet, was bei der Nutzung telemedialer Angebote aufgrund der technisch notwendigen Übermittlung der IP-Adresse regelmäßig der Fall ist, muss die verarbeitende Stelle sich vollständig an die DSGVO-Vorgaben halten. Hier gilt insoweit zunächst der Grundsatz des Verbots mit gesetzlichem Erlaubnisvorbehalt, d. h. die verarbeitende Stelle muss sich für die rechtmäßige Verarbeitung personenbezogener Daten auf einen der von der DSGVO in Art. 6 genannten Erlaubnistatbestände berufen können. In der Praxis des Anbietens von Telemedien berufen sich Anbieter bei der rein technischen Zurverfügungstellung eines Inhalts in der Regel auf legitime Interessen nach Art. 6 (1) f) DSGVO. Für darüberhinausgehende Verarbeitungsprozesse, etwa im Rahmen des Anlegens von Nutzerkonten oder Formen der personalisierten Empfehlung, benötigt der Anbieter regelmäßig eine nach Art. 6 (1) a) DSGVO rechtskonforme Einwilligung (Art. 7 DSGVO) der betroffenen Person



in die Datenverarbeitung (bzw. [auch] der Erziehungsbeauftragten bei Nutzenden unter 16 Jahren, Art. 8 DSGVO). Teilweise stützen Anbieter die Verarbeitung auch auf Art. 6 (1) b) DSGVO mit Blick auf einen zuvor rechtswirksam geschlossenen Nutzungsvertrag mit der nutzenden Person.

Für die Datenverarbeitung gelten dann insbesondere die hohen Anforderungen an die vorherigen und jederzeit einsehbaren Transparenzpflichten (Art. 12, 13 DSGVO). Ebenfalls praxisrelevant sind die aus den Betroffenenrechten entstehenden Pflichten zum Vorhalten von Techniken und Verfahren im Fall der Ausübung von Auskunftsrechten (Art. 15 DSGVO), Berichtigungsrechten (Art. 16 DSGVO), Widerspruchs- (Art. 21 DSGVO) und Löschungsrechten (Art. 17 DSGVO), Verarbeitungseinschränkungen (Art. 18 DSGVO) und damit zusammenhängenden Mitteilungspflichten (Art. 19 DSGVO) durch die betroffene Person. Auch relevant können Fragen der Umsetzung des Betroffenenrechts auf Datenübertragbarkeit (Art. 20 DSGVO) werden, soweit es etwa um die Portabilität von Vorlieben, Nutzerinteressen oder bereits abgerufenen medialen Inhalten geht, die für einen Account gespeichert sind. Inwieweit die Anforderungen des Art. 22 DSGVO für automatisierte Entscheidungsverfahren im Rahmen der Nutzung öffentlich-rechtlicher Telemedien durch private Nutzende zur Anwendung gelangen, kommt auf den Einzelfall der automatisierten Entscheidung und ihre Konsequenzen für die betroffene Person an³⁸; es ist jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass es auch Sachverhalte gibt, für die Art. 22 DSGVO einschlägig ist.

Im Übrigen gelten die von der DSGVO statuierten Grundprinzipien der Datenverarbeitung (Rechtmäßigkeit, Transparenz, Zweckbindung, Datenminimierung, Richtigkeit, Speicherbegrenzung, Integrität und Vertraulichkeit, Rechenschaftspflicht; Art. 5 DSGVO) sowie der Ansatz von Datenschutz durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen (Art. 25 DSGVO). Insgesamt treffen verarbeitende Stellen bei der Datenverarbeitung eine Reihe von verpflichtenden und zu dokumentierenden Abwägungen zwischen eigenen Verarbeitungsinteressen und den Datenschutz- und sonstigen Rechten der Betroffenen, auch bei der Zusammenarbeit mit oder Beauftragung Dritter, z. B. Hosting- oder Distributionsdienstleistern (Art. 26, 28 DSGVO).

3.4.5. Urheberrechtsrahmen

Aus Sicht des Urheberrechts stellt die Abrufbarkeit von urheberrechtlich geschützten Inhalten in Telemedien zunächst eine öffentliche Zugänglichmachung und damit eine urheberrechtliche Verwertungshandlung dar. Soweit der Anbieter die dafür erforderliche Lizenz besitzt, ergeben sich keine größeren Anforderungen aus dem urheberrechtlichen Rechtsrahmen.

Besondere Anforderungen können sich dort ergeben, wo ein Anbieter von Nutzenden zur Verfügung gestellte Inhalte zugänglich macht. Wo die Nutzenden über die notwendigen Urheber- oder Verwertungsrechte verfügen und diese an den Telemedienanbieter übertragen können, muss der Anbieter entsprechende urheberrechtliche Vereinbarungen mit den Uploadern treffen. Die Kontrolle der vereinbarten Rechteinhaberschaft der Nutzenden ist aber nicht trivial und führt zu der

³⁸ S. dazu im Einzelnen Dreyer, S.; Schulz, W. (2018): Was bringt die Datenschutz-Grundverordnung für automatisierte Entscheidungssysteme? Gutachten zur neuen Datenschutz-Grundverordnung im Auftrag der Bertelsmann-Stiftung. Gütersloh: Bertelsmann Stiftung.



allgemeinen Frage der Haftung von Plattformen für so durch Nutzende begangene Urheberrechtsverletzungen. Der derzeit in der Diskussion befindliche Entwurf eines Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetzes (UrhDaG)³⁹ kann hier in Zukunft zu Lizenzierungspflichten des Plattformanbieters und zu präventiven Kontrollen von nutzerseitig hochgeladenen Inhalten führen.

4. Umsetzungsfragen und -maßstäbe bei der Implementation der gesetzlichen Aufträge in Software

Kapitel 3 gibt einen Überblick über die gesetzgeberische Ausgestaltung der telemedienbezogenen Programmaufträge sowie der allgemeinen rechtlichen Vorgaben für öffentlich-rechtliche Telemedienangebote in Deutschland. Dabei ist klargeworden, dass der zentrale Ort der Interpretation und Konkretisierung der unbestimmten Programmaufträge auf der Ebene der öffentlich-rechtlichen Anstalten liegt. Sie sind berufen, die breit formulierten gesetzlichen Aufträge im Lichte des verfassungsrechtlichen Programmauftrags zu konkretisieren. Während diese Umsetzung in Bezug auf programmliche Inhalte und Programmstrukturen seit Jahrzehnten erfolgt und Gegenstand medienpolitischer Diskussionen ist, zielt die Fragestellung im Rahmen des „Coding Public Value“-Projekts darauf ab, wie die gesetzlichen Aufträge auch im Bereich von Software berücksichtigt und implementiert werden können oder müssen, wenn entsprechende Software zur Zugänglichmachung, Auffindbarkeit, Selektion oder Priorisierung von Inhalten im Netz genutzt wird. Oben wurde gezeigt, dass die Programmaufträge sich vor allem dort auf eingesetzte Software durchschlagen, wo deren Einsatz Rückwirkungen auf inhalte- und damit vielfaltsbezogene Entscheidungen aufzeigt. Um konkrete softwarebezogene Anforderungen aus dem gesetzlichen Auftrag zu lesen, sind die Einzelaufträge, aber auch die verfassungsrechtlich herleitbare Erwartung an den „Public Value“ als Output öffentlich-rechtlicher Medienbetätigung, sowie die allgemeinen rechtlichen Vorgaben daraufhin zu befragen, ob und wie sie für den Bereich von Technikgestaltung und Softwareentwicklung überhaupt in Frage kommen und ob die Norm eine positive Gestaltungsaufgabe beinhaltet oder eher eine negativ-begrenzende Vorgabe darstellt (4.1), und ob sich aus der Art des Auftrags bzw. der gesetzlichen Vorgabe ergibt, auf welcher Ebene innerhalb der öffentlich-rechtlichen Anstalten die Entscheidung über die Konkretisierung und Form der Umsetzung zu treffen wäre, und welche Spielräume diese Ebene hat (4.2).

4.1. Spezifische Anwendbarkeit der rechtlichen Vorgaben auf Software

Für öffentlich-rechtliche Telemedienangebote gelten wie gezeigt ein ganzes Bündel an gesetzlichen Rahmenvorgaben und Einzelschriften (s. Kap. 3). In Kapitel 3.2.2 konnten wir zeigen, dass die klassischerweise auf Programminhalte ausgerichteten allgemeinen Programmaufträge grundsätzlich dort auf eingesetzte Software anwendbar sind, wo die Software Auswirkungen auf die wahrnehmbare Vielfalt aus Rezipienten*innensicht haben kann. Im Folgenden sollen daher die breit formulierten allgemeinen Programmaufträge, die telemedienspezifischen Vorgaben

³⁹ https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Urheberrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=7



und die allgemeinen gesetzlichen Vorgaben auf ihre Auswirkungen speziell auf die Gestaltung von Software für öffentlich-rechtliche Telemedienangebote untersucht werden.

Dabei kann zunächst zwischen solchen Vorgaben, die dem Regelungsadressaten bestimmte Handlungen verbieten, d. h. ihn bei der Gestaltung von Software in negativer Hinsicht beschränken, und solchen Normen differenziert werden, die ihm die Erreichung eines Regelungsziels gebieten oder Handlungsmaximen vorgeben, für deren Umsetzung durch den Adressaten aber keine konkreten oder lediglich recht breite Vorgaben bestehen. Negative Vorgaben finden sich im gesetzlichen Rahmen vor allem in Verbotsnormen, positive Leitlinien vor allem in Gebotsnormen.

4.1.1. Anforderungen aus dem allgemeinen Programmauftrag

Die Programmaufträge erscheinen hier als besondere Formen von Geboten, da sie in erster Linie das Ergebnis eines reflexiven Wirkens öffentlich-rechtlicher Medienanbieter beschreiben, bei denen sich der Anbieter der Aufträge annimmt, diese durch interne Diskurse und externe Einbeziehung von Politik und Gesellschaft konkretisiert und dessen Ergebnis sich klassischerweise in der Auswahl und Zusammenstellung von Themen und der Art und Weise der Herstellung und inhaltlichen Gestaltung zeigt. Die oben dargestellte Sichtweise, dass diese traditionell inhaltsbezogenen Aufträge bei der Gestaltung von Telemedien sowie der diesen zugrundeliegenden Software und dort insbesondere der Selektions- und Priorisierungslogiken zu berücksichtigen sind, führt in der Konsequenz dazu, die einzelnen Aufträge (s. oben Tab. 1) auf ihre mögliche unmittelbare Wirkung für die Softwaregestaltung zu prüfen.

Der allgemeine Auftrag, als *Medium und Faktor* des Prozesses freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung zu wirken, ist hier eher als (verfassungsrechtlich geleitete) Generalvorgabe zu sehen. Für softwarespezifische Gestaltung von Telemedien lassen sich daraus vor allem Entscheidungsmaßstäbe in Zweifelsfällen ableiten, eine unmittelbare Anforderung in Form eines „Requirements“ ergibt sich daraus – von den oben abgesprochenen Konsequenzen für den Umfang der Personalisierung (s. dazu auch sogleich) – nicht.

Aus der Anforderung des *Gesellschaftsbezugs*, d. h. einer Erfüllung der demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft, könnte mit Blick auf die Softwaregestaltung zunächst gelesen werden, dass öffentlich-rechtliche Anbieter überhaupt Wissen über diese Bedürfnisse sammeln oder selbst generieren müssen. Ohne entsprechendes Wissen, ohne eine Rückkopplung von Angebot und Akzeptanz bzw. Bewertung der öffentlich-rechtlichen Angebote aus Nutzer*innensicht erscheint die Umsetzung des Gebots mindestens erschwert. In der Praxis setzen die Rundfunkanstalten dies in der Regel durch ihre anstaltseigenen Medienforschungsaktivitäten um. Bei der Gestaltung von Software können sich daraus interne und externe Erwartungen ergeben, die Rückkanalfähigkeit bei der Nutzung der Telemedienangebote zur Analyse von aggregierten Nutzungsstatistiken, Vorlieben von segmentierten Nutzergruppen und z. B. „user



journeys“ einzelner Nutzer*innen zu nutzen. Durch die konkrete Auswertung der Angebotsnutzung kann sich ebenfalls wichtiges Wissen über den Grad des Gesellschaftsbezugs ergeben.⁴⁰ Darüber hinaus kann sich aus dem Auftrag des Gesellschaftsbezugs auch ergeben, den Nutzer*innen durch partizipative Formen aktivere Möglichkeiten der Rückmeldung zu bieten, etwa durch das Vorhalten von Kommentierungs- oder Bewertungsmöglichkeiten.

Das *Vielfaltsgebot* ist angesichts der oben beschriebenen verfassungsrechtlichen Funktion öffentlich-rechtlicher Anbieter in einem dualen System (s. Kap. 3.1.1) zentraler Dreh- und Angelpunkt auch des einfachgesetzlichen Auftrags. Das Anbieten eines umfassenden Überblicks über das internationale, europäische, nationale und regionale Geschehen in allen wesentlichen Lebensbereichen ist Kern und identitätsstiftendes Element der öffentlich-rechtlichen Angebote, auch im Internet. Der Bezug zur Wahrnehmbarkeit dieser Vielfalt innerhalb von Online-Angeboten ist gleichzeitig das Einfallstor der verfassungsgerichtlichen Argumentation, warum die Software der öffentlich-rechtlichen Anbieter die Programmaufträge zu berücksichtigen und zu verinnerlichen hat (s. Kap. 3.1.2). Für die Gestaltung von Software folgt aus dem Vielfaltsgebot, dass die Selektion und Priorisierung von Inhalten, die dem Nutzer zugänglich und wahrnehmbar gemacht werden, sich (jedenfalls auch) diesem Gebot zu verpflichten hat. Da öffentlich-rechtliche Telemedien in der Regel den Zugang zu einer großen Bandbreite ganz unterschiedlicher Einzelinhalte ermöglichen, stellt sich aber die Frage, welcher Vielfaltsbegriff und welchen konzeptionell-normative Verständnis von Vielfalt bei der Softwaregestaltung anzulegen ist. Je nach Verständnis von Vielfalt können sich ganz unterschiedliche Selektions- und Priorisierungslogiken etwa für telemediale Empfehlungssysteme ergeben: Soll den Nutzer*innen vor allem die Vielfalt der angebotenen Inhalte, Genres und Themen zugänglich gemacht werden (Themenvielfalt)? Geht es bei Empfehlungen darum, die Bandbreite der Sichtweisen zu und Perspektiven auf ein bestimmtes Thema zu lenken (Meinungsvielfalt)? Oder sollen den einzelnen Nutzenden *individuell* eine große Bandbreite an Inhalten zugänglich gemacht werden, mit einem Fokus auf solche Themen und Meinungen, die bei ihrer Nutzung bislang unterrepräsentiert sind (personalisierte Rezeptionsvielfalt)?

Je nach Verständnis von Vielfalt ergäben sich daraus ganz unterschiedliche Ausgestaltungen der Selektions- und Priorisierungslogiken. Auch kann die Wahl für ein bestimmtes Empfehlungskonzept zu unterschiedlichen Akzeptanz- und Zufriedenheitsgraden führen. Hier scheint bereits eine Überlappung des Vielfaltsgebots mit dem des Gesellschaftsbezugs auf. Weder aus dem einfachgesetzlichen Auftrag noch aus dem verfassungsrechtlichen Funktionsauftrag lassen sich hier abschließende Erkenntnisse darüber gewinnen, welchen Vielfaltsbegriff Softwarelogiken zu verinnerlichen haben; die Frage des konzeptionellen Verständnisses von Vielfalt geht hier zurück bis

⁴⁰ Wichtig bleibt der Hinweis, dass sich die Erfüllung des Gesellschaftsbezugs nicht ausschließlich an den Ergebnissen der Nutzungsanalysen ablesen lassen kann. Insbesondere können sich durch weitere gestaltungsbezogene Anforderungen und Begrenzungen der Telemedienangebote Feedbackschleifen – etwa in Form der besonderen Ansprache einzelner Nutzergruppen aufgrund der medialen Darbietungsform, der Ausstattung mit kompatiblen und vernetzten Endgeräten uvm. – entwickeln, die die Ergebnisse der Nutzungsanalysen in Bezug auf Telemedien nicht als gesellschaftliche Grundgesamtheit, sondern ihrerseits als kleinen gesellschaftlichen Ausschnitt erscheinen lassen.



auf zugrundeliegende theoretische Demokratieverständnisse (vgl. Helberger 2019; Stark/Stegmann 2021). Dieser Umstand ließe letztendlich den Gedanken zu, dass das Vielfaltsgebot auf Meta-Ebene auch bedeuten kann, dass öffentlich-rechtliche Anbieter nicht eine Empfehlungslogik im Telemedienangebot hinterlegen, sondern mehrere, die den unterschiedlichen Vielfaltsverständnissen gerecht würden (Schmidt et al. 2018). Die nutzerseitige Auswahl könnte so ggf. den verschiedenen Vielfaltsverständnissen am ehesten gerecht werden. Noch weitergehend sind Überlegungen, die die Selektions- und Priorisierungsfunktionen über Programmierschnittstellen (APIs) so öffnen, dass Nutzer*innen neben den anbieterseitigen Empfehlungssystemen zusätzlich eigene Empfehlungsmodelle nutzen und anderen Nutzenden der Angebote zur Verfügung stellen können. Die Bandbreite der möglichen anbieter- wie nutzerseitigen Vielfaltslogiken hängt aber stark mit der Struktur und der Qualität der für die Selektionen genutzten Metadaten zusammen, die zusammen mit den angebotenen Inhalten hinterlegt sind. Sind die Metadaten in ihrem Umfang und ihrer detaillierten Aussagekraft beschränkt, wirkt sich dies stets auch auf die Möglichkeiten, Breite und Tiefe alternativer Empfehlungssysteme aus.

Das *Objektivitätsgebot* kann dabei spezifische Anforderungen an die Gestaltung von Selektions- und Priorisierungslogiken stellen. Die Pflicht zur Beachtung der Grundsätze der Objektivität und Unparteilichkeit der Berichterstattung, der Meinungsvielfalt sowie der Ausgewogenheit der Angebote wirkt sich in erster Linie auf die inhaltliche Zusammenstellung von einzelnen Beiträgen oder Sendungen aus, kann aber auf einer nachgelagerten Ebene auch dazu führen, bestimmte Mindeststandards bei Empfehlungssystemen einzuhalten und insoweit das eben beschriebene Vielfaltsgebot zumindest teilweise zu formen. So ergäbe sich daraus auf Ebene von Inhaltsempfehlungen, dass etwa bei kontroversen Themen nicht nur einseitige Empfehlungen ergehen dürften, sondern ein möglichst ausgewogenes Gesamtempfehlungsbild durch ein Recommender System entsteht. Dies setzte aber voraus, dass das Empfehlungssystem erstens überhaupt mehrere Beiträge zu einem Thema zur Verfügung hat, aus denen es auswählen kann, und zweitens, dass in den Metadaten etwaige in den Inhalten vorkommenden Sichtweisen hinterlegt sind. Letzteres ist aber erneut aus Sicht der (Meta-)Datenerstellung extrem aufwändig, was zu der Grundfrage führt, ob sich aus dem softwarebezogenen Programmauftrag in dieser Lesart nicht ggf. auch ein datenbezogener Auftrag ergibt. Das vom MStV für die Telemedienkonzepte vorgesehene Nennen der internetspezifischen Gestaltungsmittel geht hier eher noch von sichtbaren oder jedenfalls einfach zu umschreibenden Gestaltungsaspekten und Funktionalitäten aus. Den engen Zusammenhang von algorithmischen Systemen, deren Potenzial sich erst in der Zusammenschau mit den verfügbaren Inhalten und den sie begleitenden Metadaten ergibt, hatte der Gesetzgeber jedenfalls nicht ausdrücklich im Blick.

Auch die in erster Linie inhaltsbezogenen Teilaufträge wie der Informationsauftrag, der Beratungsauftrag, der Bildungsauftrag, der Kulturauftrag und der Unterhaltungsauftrag können sich auf Fragen der Softwaregestaltung hinaus auswirken, indem auch sie auf das Verständnis des Vielfaltsgebots wirken: Wo sich anders als im linearen Programm die Teilaufträge nicht im Sinne einer Programmstruktur und -abfolge ergeben, muss dies Auswirkungen auf die Sichtbarkeit und Auffindbarkeit der unterschiedlichen Inhaltsgenres haben. Bei der Implementation von Empfehlungssystemen müssen die Selektionslogiken insoweit berücksichtigen, dass Empfehlungen aus



der Perspektive unterschiedlicher Teilfunktionen enthalten sind. Die Ergebnisvielfalt ist vor diesem Hintergrund auch eine Vielfalt der zur Verfügung stehenden Inhalte aus den unterschiedlichen Programmbereichen.

Der an öffentlich-rechtliche Anbieter gerichtete gesellschaftliche *Integrationsauftrag* zielt auf die Förderung der internationalen Verständigung, der europäischen Integration und des gesellschaftlichen Zusammenhalts in Bund und Ländern. Die Frage, was genau gesellschaftlicher Zusammenhalt ist, wie dieser theoretisch konzipiert und faktisch gemessen werden kann, ist Gegenstand weitläufiger, interdisziplinärer Überlegungen und Auseinandersetzungen.⁴¹ Auch ist (noch) nicht abschließend geklärt, ob der Zusammenhaltsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks von einem bestehenden gesellschaftlichem Zusammenhalt ausgeht oder nicht, ob öffentlich-rechtlicher Rundfunk Zusammenhalt als Ziel propagieren muss oder ob sich Zusammenhalt eher als Ergebnis der besonderen Auswahl- und Produktionslogiken öffentlich-rechtlicher Anbieter einstellen soll.⁴² Geht man aber davon aus, dass Kern des gesellschaftlichen Gesprächs eine geteilte Wissensbasis ist, muss als Mindestanforderung aus dem Integrationsauftrag gelesen werden, dass eine rein individualisierte Angebotserbringung durch öffentlich-rechtliche Telemedien mit diesem Auftrag in Konflikt geraten würde, soweit dadurch die Vermittlung gesellschaftlichen relevanten Wissens für alle vereitelt bzw. individuell ausdifferenziert würde. Für Telemedienangebote würde dies bedeuten, dass diese – unter Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorgaben – personalisierte Empfehlungslogiken verwenden dürfen, aber eben nicht ausschließlich. Die Angebote müssen stets Teilbereiche enthalten, die einer allgemeinen und nicht-personalisierten Empfehlungslogik unterliegen. Um gesellschaftlichen Zusammenhalt zu fördern, erscheint es daneben als Möglichkeit, Nutzer*innen mit einseitigen Informationsbedürfnissen auf diesen Umstand hinzuweisen und eine transparente und niedrighschwellige Option anzubieten, diesem Informationsbias etwa durch das Zurücksetzen der personalisierten Signale und Interessen zu „entkommen“.

4.1.2. Anforderungen aus den telemedienspezifischen Vorgaben

Über die allgemeinen Anforderungen aus dem Programmauftrag ergeben sich auch aus dem telemedialen Funktionsauftrag (§ 30 Abs. 3 MStV) softwarespezifischen Anforderungen:

Die Angebote sollen eine „zeitgemäße Gestaltung“ aufweisen. Dies kann so zu lesen sein, dass nicht nur die wahrnehmbare Gestaltung – das Frontend-Design und die vorgehaltenen Funktionalitäten – des Angebots zeitgemäß, also den Anforderungen der Gegenwart entspricht, sondern auch die für die Nutzung der Angebote zugrundeliegende Software. Dies kann so weit gehen, dass daraus Anforderungen an die Auswahl der zu nutzenden Systeme, ihrer Nachhaltigkeit und ihrer Aktualisierung und Erweiterungsmöglichkeiten erwachsen.

⁴¹ Zur wissenschaftlichen Konzeption gesellschaftlichen Zusammenhalts s. Forst 2020.

⁴² Zu den Fragen des Integrationsauftrags und der Integrationsfunktion öffentlich-rechtlicher Medienanbieter forscht derzeit ein am HBI laufendes Projekt im Rahmen des Forschungsinstituts Gesellschaftlicher Zusammenhalt (FGZ), https://www.fgz-risc.de/forschung/alle-forschungsprojekte/details/HAM_F_03



Auch die ausdrückliche Aufgabe der *„Ermöglichung der Teilhabe an der Informationsgesellschaft für alle Bevölkerungsgruppen“* kann Rückwirkungen auf die genutzten Software-Systeme haben. So ergibt sich daraus, dass die breite Nutzerschaft der Angebote unabhängig von ihrer IT-Ausstattung und dem jeweiligen Endgerät so auf die Telemedien zugreifen können müssen, dass die Inhalte dargestellt und die wichtigsten Funktionalitäten fehlerfrei nutzbar sind.

Auch sollen die Telemedienangebote *„Orientierungshilfe“* bieten. Dies bezieht sich in erster Linie auf Orientierungsfunktionen in Bezug auf Internet-Angebote Dritter, für die die öffentlich-rechtlichen Anbieter als *„verlässlicher Führer“* agieren sollen und wollen. In einer breiteren Lesart kann die Orientierungshilfe sich damit zu einer redaktionellen Aufgabe verdichten, bei der bestimmte Suchanfragen nicht nur auf eigene Inhalte, sondern ggf. auch auf einschlägige, redaktionell geprüfte Angebote Dritter verwiesen wird. Dafür spricht auch die Anforderung in Abs. 4, wonach Verlinkungen zu Inhalten von Einrichtungen der Wissenschaft und Kultur erfolgen sollen. Hier ist allerdings die angebotsformbezogene Begrenzung des § 30 Abs. 7 MStV zu beachten (s. unten Kap. 4.1.3.).

Die Beauftragung, *„Möglichkeiten der interaktiven Kommunikation“* vorzuhalten, verdeutlicht, dass die Telemedienangebote sich nicht in der Zugänglichmachung von angebotenen Inhalten erstrecken können, sondern dass den Nutzenden darüber hinaus interaktive Formen der Angebotsnutzung zur Verfügung zu stellen sind. Das kann von asynchronen Möglichkeiten der Kommentierung oder Bewertung von Einzelinhalten über (sendungsbezogene) Chat-Funktionen bis hin zu Formen des Angebots nutzereigener (Reaktions-)Videos gehen.

Auch die *„Förderung der technischen und inhaltlichen Medienkompetenz aller Generationen und von Minderheiten“* ist ein spezifischer gesetzlicher Auftrag an öffentlich-rechtliche Telemedien. Für den Einsatz von vielfaltsrelevanter Software im Angebote wie Suchmaschinen, Empfehlungssysteme oder Filteranwendungen ergibt sich die besondere Anforderung an die Transparenz bezüglich dieser Systeme. Der Teilauftrag wirkt sich hier in besonderer Weise auf Pflichten zur Dokumentation der genutzten Software, der Darstellung ihrer internen Logik(en) und der ausgiebigen Erklärung der nutzerseitigen Möglichkeiten ihrer Konfiguration. Anders als bei privaten Angeboten oft der Fall erwächst aus der Vorgabe die Möglichkeit für öffentlich-rechtliche Telemedien, den Nutzenden anhand des eigenen Angebots Funktionsweisen und Anbieterpraktiken inkl. möglicher ungewollter Effekte zu veranschaulichen, zu erläutern und bestenfalls ausprobieren zu lassen.

Die Anforderungen an die *Barrierefreiheit* (§ 30 Abs. 4 MStV) sowie die Pflicht zur Berücksichtigung der *Belange von Menschen mit Behinderungen* sind ebenfalls Requirements, die sich auf Backend und Frontend beziehen. Sollen Einzelinhalte über Audiodeskriptionen verfügen und Sendungen inklusive Manuskripten vorgehalten werden, müssen die entsprechenden Daten vorliegen und barrierefrei eingebunden sein.

4.1.3. Negative Beschränkungen und Verbote

Klare negative Begrenzungen in Form von Softwareanforderungen ergeben sich neben den inhaltsbezogenen Limitierungen von § 30 Abs. 5 MStV vor allem aus den Vorgaben an die begrenzte



Einstelldauer („Depublizierungspflicht“, § 30 Abs. 2 Nr. 2, 3 MStV). Soweit dort Zeitgrenzen für die Abrufbarkeit von Einzelinhalten aufgestellt werden, muss die eingesetzte Software ausschließen, dass ein Inhalt nach Ablauf der Frist noch auffindbar bzw. erreichbar ist. Für bestimmte Einzelinhalte gilt zudem die Vorgabe, dass der Abruf geografisch beschränkt sein muss (§ 30 Abs. 2 Nr. 3 MStV); hier muss die Software insoweit etwa über die IP-Adresse des jeweiligen Nutzers eine Geolokalisierung vornehmen und entscheiden, ob ein bestimmter Inhalt für diese IP verfügbar gemacht wird.

Parallel dazu gelten die aufgezeigten Vorgaben des Jugendmedienschutzes (s. Kap. 3.4.3). Insbesondere § 5 JMStV sieht vor, dass (auch) öffentlich-rechtliche Anbieter intern für jeden entwicklungsbeeinträchtigenden Inhalt bestehende Altersfreigaben oder sonst eigene Altersbewertungen hinterlegt werden, an die dann Schutzinstrumente anknüpfen. Auf Grundlage der Altersbewertungen muss die Software dann Abrufzeitenbegrenzungen vorsehen oder andere technische Mittel vorhalten, durch die der Zugang von zu jungen Nutzer*innen zu den entsprechenden Inhalten beschränkt wird.

Die oben aufgezeigten vielfältigen Anforderungen zur Einhaltung des Datenschutzes könne hier nicht im Einzelnen aufgezeigt werden. Zentral ist die Anforderung (auch) an die Software, dass das Vorliegen der Merkmale eines Erlaubnistatbestands zur Verarbeitung personenbezogener Daten vorliegt und dokumentiert ist. Dies betrifft insbesondere Formen der elektronischen Einwilligung in die Datenverarbeitung oder den elektronischen Abschluss eines Nutzungsvertrags, der dann als Grundlage für die Datenverarbeitung dient. Die strenge datenschutzrechtliche Zweckbindung schließt dann über den angegebenen Zweck hinausgehende Verarbeitungsprozesse durch den Telemedienanbieter im Rahmen der Nutzung von Software aus.

4.2. Adressatenebene und Spielräume bei der Konkretisierung und Umsetzung

Die Untersuchung der bestehenden Aufträge und Normen haben gezeigt, dass sich zwar Gestaltungsoptionen für öffentlich-rechtliche Mediensoftware aus den allgemeinen und telemedien-spezifischen gesetzlichen Aufträgen ergeben, diese aber nur wenige konkret in Softwarecode formalisierbare Pflichten enthalten. Die meisten der Vorgaben erscheinen vor allem als legislative Delegationsakte an nachgelagerte Akteure, die die Normen zunächst interpretieren und konkretisieren müssen, um dann selbst konkretere, zur Umsetzung in Software geeignetere Lesarten der rechtlichen Pflichten zu erarbeiten.⁴³ Damit angesprochen ist zentral die den öffentlich-rechtlichen Anstalten zugedachte programmbezogene Konkretisierung des Programmauftrags. Für neue oder geänderte Telemedienangebote gilt hier das oben angesprochene Verfahren des Drei-Stufen-Tests, bei dem zunächst die Anstalt – regelmäßig die Intendanz (Eifert/Binder/Vesting 2018, § 11f Rn. 130 ff.) – dem internen Aufsichtsgremium ein Telemedienkonzept vorlegt. Dabei muss die Anstalt dem Gremium gegenüber darzulegen, „dass das geplante, neue Telemedienangebot oder die wesentliche Änderung vom Auftrag umfasst ist“ (§ 32 Abs. 4 MStV). Das Gremium

⁴³ Ladeur spricht mit Blick auf die Konkretisierung des Auftrags von einer „strukturierten Autonomie“, vgl. Ladeur 2000: 103.



prüft das Vorliegen der drei zentralen Voraussetzungen des geplanten Telemedienangebots (Entsprechung mit den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft; qualitativer Beitrag zum publizistischen Wettbewerb; finanzieller Aufwand) und entscheidet – nach einer Konsultationsphase gemäß Abs. 5 – über die Zulässigkeit des geplanten Telemedienangebots mit einer notwendigen Mehrheit von zwei Dritteln. Die zu begründende Entscheidung muss die eingegangenen Stellungnahmen sowie etwaige Sachverständigengutachten berücksichtigen und darlegen, „ob das neue Telemedienangebot oder die wesentliche Änderung vom Auftrag umfasst ist“ (§ 32 Abs. 6 MStV). Im Anschluss an die Gremienentscheidung erfolgt eine rechtsaufsichtliche Prüfung der Entscheidung durch die zuständige Behörde (Abs. 7).

Mit Blick auf die in dieser Untersuchung herausgearbeitete Anwendbarkeit der gesetzlichen Aufträge auch auf vielfaltsrelevante Selektions- und Priorisierungslogiken im Rahmen der Telemedienangebote kommen als Adressatenebene für die Interpretation und Konkretisierung der softwarebezogenen Vorgaben so vor allem die Anstalt und aus einer Kontroll Sicht ihre internen Aufsichtsgremien in Betracht. Die (begrenzte) Rechtsaufsicht der zuständigen Behörde hat hier zwar Möglichkeiten der nachträglichen Kontrolle und kann bei einer abweichenden Ansicht aufgrund evidenter Verstöße verwaltungsrechtliche Beanstandungsmaßnahmen einleiten (Eifert/Binder/Vesting 2018, § 11f Rn. 182). Diese sind aber regelmäßig auf die (Wieder-)Eröffnung des Drei-Stufen-Tests gerichtet und können mit Blick auf den Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks nicht selbst aufgabenbezogene Konkretisierungsvorgaben enthalten.

Anders sieht das Verhältnis zwischen Anstalt und Kontrollgremium aus: In erster Linie ist es die Anstalt selbst, die das Telemedienkonzept konzipiert und ausformuliert, und dabei insbesondere die Passung des geplanten Telemedienangebots in den gesetzlichen Programmauftrag darlegen muss. Die softwarebezogenen Programmauftragsaspekte sollten insoweit – jedenfalls in Grundlagen – von der Anstalt im Telemedienkonzept hinterlegt werden. Das interne Aufsichtsgremium kann diese Angaben dann aus eigener interpretativer Sicht des Programmauftrags prüfen und die Passung mit dem Programmauftrag bestätigen oder bestreiten; zu der Prüfung gehört auch Frage, ob das neue oder geplante Telemedienangebot hinreichend beschrieben ist (Kops/Sokoll/Bensinger 2009: 117). Ob und inwieweit das Gremium dazu berechtigt ist, eigene Optimierungsvorschläge, Auflagen oder modifizierende Anpassungen an einem Telemedienkonzept vorzunehmen, ist nicht gesetzlich geregelt und Gegenstand wissenschaftlicher Diskussionen, weil dem Gremium hier eine Doppelrolle zukommt: die Optimierung der Auftragskonkretisierung als Ziel des Drei-Stufen-Tests, und die Kontrolle der Passung des Telemedienkonzepts zum Programmauftrag als Aufsichtsgremium (Eifert/Binder/Vesting 2018, § 11f Rn. 124 ff.). Da die Intendanz im Falle einer Modifizierung eines Telemedienkonzepts durch das Aufsichtsgremium keine Umsetzungspflicht trifft (sie kann im Gegenzug ein neues, geändertes Telemedienkonzept vorlegen), spricht dies jedenfalls von vornherein nicht für eine Beschränkung der Prüfung auf eine reine Ja-/Nein-Entscheidung (vgl. Eifert/Binder/Vesting 2018, § 11f Rn. 125; Kops/Sokoll/Bensinger 2009: 68 f.; Huber 2010: 210 f.). Aus dem angenommenen und ggf. modifizierten Telemedienkonzept ergeben sich dann die (internen) Vorgaben für die Personen, die das Konzept innerhalb der jeweiligen Rundfunkanstalt umsetzen.



Angesichts der festgestellten Offenheit der Programmaufträge inklusive ihrer Auswirkungen auf die Gestaltung von Software kann die interne Beauftragung unterschiedliche Formen annehmen. So sind Fälle denkbar, in denen Telemedienkonzept und Begründung konkrete formalisierbare Vorgaben für die zu entwickelnde Software enthalten, wie z. B. Vorgaben für die vielfaltsbezogene Konfiguration von Empfehlungssystemen. Es ist aber auch denkbar, dass die Dokumente lediglich Zielvorgaben oder Anforderungen in Form von auf das Ergebnis fokussierten Prinzipien vorsehen, die dann auf den nachgelagerten Fach- und Arbeitsebenen umgesetzt werden. In diesen Fällen werden Teile der programmierauftragsbezogenen Interpretations- und Konkretisierungspflicht von den zuständigen Akteuren (Intendanz, Aufsichtsgremium) delegiert. Das macht angesichts der programmierauftragsbezogenen Kontrollfunktion des Gremiums aber eine spätere Überprüfung der angemessenen Umsetzung unausweichlich. Wo die Umsetzung des Programmauftrags etwa an Produkt- und Softwareentwickler abgegeben oder gar an externe Akteure outsourct wird, flammt eine erhöhte Überprüfungspflicht des internen Gremiums auf. Ähnlich wie bei dessen Aufgabe der inhaltlichen Programmaufsicht ergibt sich angesichts der dargestellten Relevanz von Software für die Auftragsumsetzung eine Pflicht, die für das Telemedienangebot eingesetzte Software auf ihre Kompatibilität mit dem Programmauftrag zu überprüfen. In dem Fall, in dem das Gremium selbst nicht ausreichend tiefgehende Expertise besitzt, könnten Sachverständige im Auftrag des Gremiums notwendiges Wissen zur Verfügung stellen. Mildere Formen der Gewährleistung der „richtigen“ Umsetzung der aus dem Programmauftrag stammenden Anforderungen an Software können alternativ in Formen prozedural vorgeprägter Verfahren zu sehen sein: So können Telemedienkonzepte oder positive Entscheidungsbegründungen im Rahmen eines Drei-Stufen-Tests etwa verfahrensbezogene Anforderungen vorsehen, wie die Kompatibilität der Softwareentwicklung mit dem Programmauftrag gewährleistet werden kann, etwa durch die Zusammenstellung der umsetzenden Projektteams, Reporting- und Dokumentationspflichten oder regelmäßige gemeinsame Termine von Projektteam und Gremium. Wo Telemedienkonzepte und Begründungen weder softwarebezogene Anforderungen noch prozedurale oder nachträgliche überprüfungsbezogene Vorgaben enthalten, besteht das Risiko, dass die eingesetzte Software nicht den Anforderungen des gesetzlichen Programmauftrags entspricht. Wenn kein dokumentierter, überprüfbarer Diskurs innerhalb der Anstalt oder innerhalb des Kontrollgremiums stattgefunden hat, bleibt offen, inwieweit den gesetzlichen Anforderungen Genüge getan ist. Wo eine Deliberation über den Programmauftrag und seine Bedeutung für (vielfaltsbezogene) Softwarefunktionen stattfindet, bleibt der Hinweis auf weite Interpretationsspielräume von Anstalt und ihrem Gremium.

4.3. Herausforderung: Rechtliche Vorgaben und ihre formalisierte Umsetzung im Software Engineering

Die Untersuchung der relevanten gesetzlichen Vorgaben für öffentlich-rechtliche Telemedienanbieter zeigt, dass zwischen vielen der Normen und ihrer Umsetzung in Softwarecode zwei „Übersetzungsleistungen“ zu erbringen sind, die im ersten Schritt aus der Interpretation und Konkretisierung der rechtlichen Norm auf Ebene der Rundfunkanstalt als Organisation (s. Kap. 4.2),



und im zweiten Schritt aus der Umsetzung der konkretisierten Anforderungen in z. B. die Modellierung von Selektions- bzw. Empfehlungslogiken durch das Software Engineering besteht. Die Herausforderung der „Übersetzung“ von Rechtsnormen in Code ist dabei weder ein neues noch ein seltenes Phänomen, sondern spricht grundsätzlich den Prozess des Verstehens bewusst abstrakt-generell gehaltener Normen vor dem Hintergrund eines Einzelfalls an, wie ihn Rechtsanwender stets leisten müssen (Gordon/Breaux 2014; Otto/Anton 2007). Eine strukturelle Herausforderung bei der Umsetzung von Normen in Softwarecode ist, dass auch der Softwarecode für eine Vielzahl von Einzelfällen funktionieren soll. Anders als Recht mit unbestimmten, undeterminierten Vorgaben und Begriffen (Hoffmann et al. 2012: 3 „defect of natural language“) ist Softwarecode aber regelmäßig nicht unscharf, sondern eine determinierte Handlungsanweisung, die an andere Voraussetzungen und Tatbestände anknüpft und diese in ihrer eigenen Logik einem Output zuführt. Die beiden Welten sprechen eine andere Sprache.

Verschärft wird das Umdenken von semantisch-rationalen in mathematisch-logische Sinnzusammenhänge dort, wo ein Rechtsanwender unbestimmte Rechtsbegriffe oder zielorientierte Prinzipien auslegen muss, weil in diesem Rahmen nicht nur die Subsumtion unter den Einzelfall zu leisten ist, sondern das Recht statt nur einer Entscheidung einen Nexus möglicher unterschiedlicher Entscheidungen anerkennt. Die (gewollte) Unschärfe des Rechts konfligiert hier mit der Determiniertheit von klassischen Softwareoperationen, die rechtliche Konzepte wie Ermessen oder Entscheidungsspielräume nicht, oder jedenfalls nicht auf der gleichen Ebene sozialer Praxis abbilden können. Zu der Übersetzungsproblematik tritt hier eine systemlogikbezogene Inkompatibilität (s. Packin 2018: 216).

Eine dritte Herausforderung tritt dort hinzu, wo sich die rechtlichen Anforderungen nach dem Einsatz der Software verändern. So kann sich die gesetzliche Interpretation einer gesetzlichen Vorgabe durch Gesetzesänderungen, durch Gerichtsurteile oder durch anstaltsinterne Konkretisierungen ändern, die eine softwareseitige Anpassung erforderlich machten. Hier bedarf es einer Rückkopplung des Softwaresystems mit den Systemen des Rechts und dessen anstaltsinterner Konkretisierung. Dafür notwendig sind nachhaltige Reporting- und Evaluationsmechanismen.

Zur Auflösung dieser Probleme sind neue Formen und Methoden im Requirement Engineering notwendig, die in einem ersten Schritt Verfahren ermöglichen, in denen die unbestimmten Rechtsbegriffe identifiziert und zunächst zwar aus rechtswissenschaftlicher Sicht, aber bereits im interdisziplinären Verbund mit Stellen der Programmauftragskonkretisierung und des Software Engineerings interpretiert werden (vgl. Pasquale 2019: 48; Packin 2018: 217). Die Übersetzungsleistung erfolgt hier in einem wechselseitigen Prozess der Detaillierung weicher Anforderungen, ihrem Abgleich mit bislang erfolgten internen Konkretisierungen des Programmauftrags und der Rückmeldung der Formalisierbarkeit in Software-Code, aber auch den dortigen Möglichkeiten und Potenzialen für ungewollte Folgen bestimmter technischer Verfahren. Das Projekt „Coding Public Value“, in dessen Kontext diese Untersuchung erfolgt ist, zielt auf die Erprobung solcher neueren Ansätze im Requirements Engineering ab.



5. Fazit: Gestaltung öffentlich-rechtlicher Mediensoftware als erweiterte Umsetzung eines „public value“-bezogenen Funktionsauftrags

„Public Value“ ist kein definierter Begriff im deutschen Rundfunkrecht, er wird vom aktuellen Rechtsrahmen nicht genutzt. Der Blick in das Europäische Beihilferecht weist aber deutliche Bezüge zwischen einem normativen Verständnis von Public Value und den rechtlichen Erwartungen an europarechtliche Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse auf. Auch die rundfunkverfassungsrechtliche Perspektive hilft dabei, ein rechtliches Verständnis von Public Value zu bekommen: In einem dualen Rundfunksystem, in dem sich öffentlich-rechtliche und private Anbieter gegenseitig bedingen und stützen, besteht eine verfassungsrechtliche Erwartung an die öffentlich-rechtliche Säule darin, dass die Anbieter als Medium und Faktor des Prozesses freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung wirken. Der „Public Value“ der öffentlich-rechtlichen Medienanbieter ist hier keine Anforderung, sondern erwarteter Output der Programmbetätigung. Um dieses Ziel erreichen zu können, geben Verfassungsrecht und Rundfunkrecht eine Reihe an Funktions- und Programmaufträgen vor, deren Interpretation und Konkretisierung zuvörderst durch die Anstalten selbst erfolgt und durch die internen Aufsichtsgremien begleitet und kontrolliert wird.

Die Untersuchung des Rechtsrahmens für die Gestaltung öffentlich-rechtlicher Mediensoftware hat dabei gezeigt, dass der verfassungsrechtliche Funktionsauftrag und der darauf aufbauende einfachgesetzliche Programmauftrag für öffentlich-rechtliche Telemedienangebote sich bis auf die Ebene der eingesetzten Software erstrecken können, wo diese Software Auswirkungen auf die aus Nutzersicht wahrnehmbare Vielfalt hat. Die Anstalten trifft insbesondere im Rahmen von Drei-Stufen-Tests die Pflicht, über die vielfaltsrelevanten Aspekte der eingesetzten Software zu reflektieren und die auftragsbezogene Passung der gewählten Selektions- und Priorisierungslogiken zu begründen. Hier kann es hilfreich erscheinen, zukünftig in Telemedienkonzepten zu einzelnen Angeboten oder systematisch auf Anstaltsebene in Form von Richtlinien die softwarevermittelte geplante Vermittlungsleistung innerhalb von technisch-inhaltlichen Systemen darzulegen („Vermittlungskonzept“), beispielsweise mit Blick auf Mechanismen der Nutzer*innenführung, der Empfehlungen und der Personalisierung.

Kann dies aufgrund der Komplexität, Dynamik oder „Übersetzungsschwierigkeiten“ von unbestimmten Aufträgen in konkrete Softwarelogiken nicht im Telemedienkonzept oder in den angeordneten Vermittlungskonzepten erfolgen, müssen Anstalt und Intendanz zumindest ein Verfahren vorsehen, das diesen Transfer anstaltsintern leisten kann. Die Umsetzung softwarebezogener Vorgaben oder jedenfalls die Einhaltung der so definierten prozeduralen Schritte obliegt dem Kontrollblick des Aufsichtsgremiums.

Das „Übersetzungsproblem“ zwischen unbestimmten rechtlichen Vorgaben, ihrer Konkretisierung auf Anstaltsebene und der Umsetzung im Software Engineering ist grundsätzlich nicht neu. Hier bedarf es aber neuer bidirektionaler Ansätze, die juristische Expertise, Abgleich mit dem



Selbstverständnis der anbieterbezogenen Programmaufträge und Systemlogik des Software Engineerings ermöglicht, um Dokumentationspflichten, sinnvolle Kontrollmöglichkeiten und eine Rückkopplung mit einem ebenfalls dynamischen Rechts(interpretations)system und den damit verschränkten gesellschaftlichen Erwartungen zu gewährleisten. Nicht nur bei der Konkretisierung der breiten Programmaufträge, auch bei der Umsetzung von Verfahren zur Auftragsumsetzung in Softwarecode verfügen die öffentlich-rechtlichen Anbieter über einen weiten Entscheidungsspielraum, solange die internen Gremien an entscheidenden Punkten Einsichts-, Überprüfungs- und Einflussmöglichkeiten haben.



Literatur

- Badenhausen-Fähnle, Elisabeth (2017): Die Betrauung. Baden-Baden: Nomos.
- Binder, Reinhart/Vesting, Thomas (2018): Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht. 3. Auflage. München: C.H. Beck.
- Bruns, Axel (2019): Are filter bubbles real? Digital futures. Medford, MA: Polity Press.
- Cornils, Matthias (2010): Public Value und staatliche Gemeinwohlverantwortung. In: Berka, Walter/Grabenwarter, Christoph/Holoubek, Michael (Hg.): Public Value im Rundfunkrecht. Wien: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung. Wiesbaden: VS, Verlag für Sozialwissenschaften, S. 1-27.
- Creifelds, Carl/Weber, Claus/Guntz, Dieter (2020): Rechtswörterbuch. München: C.H. Beck.
- Dörr, Dieter/Holznagel, Bernd/Picot, Arnold (2016): Legitimation und Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Zeitalter der Cloud. Frankfurt am Main: Internationaler Verlag der Wissenschaften.
- Dörr, Dieter/Holznagel, Bernd/Picot, Arnold (2016a): Legitimation und Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Zeitalter der Cloud. In: *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, S. 920-947.
- Eskens, Sarah (2019): A right to reset your user profile and more: GDPR-rights for personalized news consumers. In: *International Data Privacy Law*, 9(3), S. 153-172.
- Essebier, Jana (2005): Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und Wettbewerb. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Art. 86 Abs. 2 EG. Baden-Baden: Nomos.
- Forst, Rainer (2020): Gesellschaftlicher Zusammenhalt. Zur Analyse eines sperrigen Begriffs. In: Deitelhoff, Nicole Groh-Samberg, Olaf Middell, Matthias (Hg.): Gesellschaftlicher Zusammenhalt. Ein interdisziplinärer Dialog. Frankfurt am Main: Campus, S. 41-53
- Gersdorf, Hubertus (2009): Legitimation und Limitierung von Onlineangeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Konzeption der Kommunikationsverfassung des 21. Jahrhunderts. Berlin: Duncker & Humblot.
- Gersdorf, Hubertus/Paal, Boris P. (2019): Informations- und Medienrecht. München: C.H. Beck.
- Gierschmann, Sibylle (2018): Positionsbestimmung der DSK zur Anwendbarkeit des TMG. In: *ZD* 2018, S. 297-301.
- Gransow, Christiana (2018): Public Value-Konzepte im öffentlich-rechtlichen Rundfunk. Eine vergleichende Analyse europäischer Rundfunksysteme. Wiesbaden: Springer VS.
- Hagenbruch, Tim (2020): Das Verhältnis von Beihilfen- und Vergaberecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Baden-Baden: Nomos.
- Hasebrink, Uwe (2007): „Public Value“: Leitbegriff oder Nebelkerze in der Diskussion um den öffentlich-rechtlichen Rundfunk? In: *Rundfunk und Geschichte* 33, S. 1-2, 38-42.
- Helberger, Natali (2012): „Exposure Diversity as a Policy Goal“. In: *Journal of Media Law* 4, Nr. 1. S. 65-92.
- Helberger, Natali (2019): On the Democratic Role of News Recommenders. In: *Digital Journalism*, 7:8, S. 993-1012.
- Helberger, Natali/Burri, Mira (2015): Public Service Media| Introduction ~ Public Service Media and Exposure Diversity. In: *International Journal of Communication*, 9, S. 1319-1323
<https://ijoc.org/index.php/ijoc/article/view/4004> [17.05.21].
- Helberger, Natali/Karppinen, Kari/D'Acunto, Lucia (2016): Exposure diversity as a design principle. In: *Information, Communication & Society*. London: Routledge.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang (2000): Regulierung der dualen Rundfunkordnung. Grundfragen. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Huber, Peter M. (2010): Aktuelle Fragen des Drei-Stufen-Tests. In: *ZUM* 2010, S. 201-210.
- Jung, Maribel (2018): Die Europäisierung des Gemeinwohls am Beispiel des Art. 106 Abs. 2 AEUV. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Karmasin, Matthias (2011): Zur Exegese eines medienstrategischen Imperativs. In: Karmasin, Matthias/Süssenbacher, Daniela/Nicole Gonser (Hrsg): Public Value. Theorie und Praxis im internationalen Vergleich. Wiesbaden: Fachverlag für Sozialwissenschaften, S. 11-25.



- Körber, David (2009): Public Value-Konzepte in der Legitimationsdebatte öffentlich-rechtlicher Medien. Wien.
- Kops, Manfred /Sokoll, Karen/Bensinger, Viola (2009): Rahmenbedingungen für die Durchführung des Drei-Stufen-Tests. Köln (Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie).
- Ladeur, Karl-Heinz (2000): Der „Funktionsauftrag“ des öffentlich-rechtlichen Rundfunks – auf „Integration“ festgelegt oder selbst definiert? In: *Medien & Kommunikationswissenschaft (M&K)*, 48. Jahrgang, Nr. 1, S. 93-106, <https://doi.org/10.5771/1615-634x-2000-1-93>.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.) (2020): Grundgesetz Kommentar, Band I – GG. 93. Erg.lfg., München: C.H. Beck.
- Musgrave, Richard A./Musgrave, Peggy B./Kullmer, Lore (1975): Die öffentlichen Finanzen in Theorie und Praxis (Band 1). Tübingen: Mohr Siebeck.
- Packin, Nizan G. (2018): Regtech, Compliance and Technology Judgement Rule, 93 Chi.-Kent L. Rev. 193.
- Papier, Hans-Jürgen/Schröder, Meinhard (2011): Verfassungsfragen des Dreistufentests. Baden-Baden: Nomos.
- Pariser, Eli (2011): The filter bubble: What the Internet is hiding from you. New York, NY: Penguin Press.
- Pasquale, Frank (2019): „A Rule of Persons, Not Machines: The Limits of Legal Automation“. In: *The George Washington Law Review* 87(1), S. 1-55.
- Rossen-Stadtfeld, Helge (2005): Der Programmauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Aspekte seiner verfassungsrechtlichen Einordnung. Köln.
- Schmidt, Jan-Hinrik/Sørensen, Jannick/Dreyer, Stephan/Schulz, Wolfgang (2018): Algorithmische Empfehlungen. Funktionsweise, Bedeutung und Besonderheiten für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten. Hamburg: Hans-Bredow-Institut (Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts Nr. 45), <https://doi.org/10.21241/ssoar.71755>.
- Schmitt, Friedrich (2018): Telemedienauftrag öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten nach dem Grundgesetz. In: *NVwZ*, S. 769-773.
- Schulz, Wolfgang (2008): Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung. Berlin: Friedrich-Ebert-Stiftung.
- Stark, Birgit/Stegmann, Daniel (2021): Vielfaltssicherung im Zeitalter von Medienintermediären. Modelle zur Messung und normative Maßstäbe. München: bidt Working Paper.
- Thurman, Neil/Schifferes, Steve (2012): The Paradox of Personalization: The Social and Reflexive Turn of Adaptive News. In: *The Handbook of Global Online Journalism*. Chisester: John Wiley & Sons, S. 373-393
- Vesting, Thomas (2020): Die Rundfunkfreiheit und die neue Logik der „Content-Curation“ in elektronischen Netzwerken. In: *JZ*, S. 975-982.
- Wallis, Joe/Dollery, Brian (1999): Market Failure, Government Failure, Leadership and Public Policy. Basingstoke: Macmillan.
- Wenzel, Corinna (2012): Selbstorganisation und Public Value. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.

